Grundfragen bei der Umwandlung von Handelsgesellschaften.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung
der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
SCHLESISCHEN FRIEDRICH WILHELMS - UNIVERSITÄT
ZU BRESLAU

vorgelegt von

Gerhard Günther
Gerichtsassessor.

Breslau 1933
Buchdruckerei Paul Plischke, Breslau 5.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter:
Professor Dr. Schmidt-Rimpler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literaturverzeichnis.

Amtlicher Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien sowie Entwurf eines Einführungsgesetzes. 1931.

Bing: Die Rückverwandlung der aufgelösten in die werbende Kapitalgesellschaft. In JW. 1930, S. 2908 ff.

Brandt: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1911.

Brodmann: Kommentar zum Gesetz betr. die G.m.b.H. 2. Aufl. 1930.

— Kann eine aufgelöste Gesellschaft m.b.H. den Geschäftsbetrieb wieder aufnehmen? Im Z Bl.H. 1928, S. 135 ff.

Burgkhardt: Zur Lehre von den juristischen Personen. In Ztschr. f. das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 18, S. 1 ff.

Cohn, Ernst: Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht. 1931.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrecht. 1930.

Crüger-Crecelius: Das Reichsgesetz betr. die G.m.b.H. (Kommentar). 1922.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. I. Bd. 1930.

Eisner: Umwandlung von Gesellschaftsformen. Diss. Marburg 1916.

Eltze: Die Umwandlung der A.-G. Diss. Greifswald 1900.

Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien. Veröffentlicht durch das Reichs-Justizministerium. 1930.

Feine: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. In Ehrenbergs Handb. d. ges. Handelsrechts, 3. Bd. III. Abt. 1929.

Fischer, Otto: Das Problem der Identität und Neuheit. Festschr. f. Jhering. 1892.

Friedländer: Konzernrecht. 1927.

Gierke, Otto v.: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887.

— Deutsches Privatrecht. Bd. I. 1893; Bd. III. 1917.

— Handelsrecht. In der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, begründet von Holtzendorff, herausgeg. von Kohler. 1913.

Goldfeld: Zulassung der Umwandlung einer A.-G. in eine K.G.a.A im Wege der bloßen Statutenänderung? In Hanseatische Rechts- u. Gerichtszeitschr. 1931, S. 206.

Goldschmit: Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht). Komentar. 1929.

Hachenburg: Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 2 Bände 1926, 1927.

Haff: Zur Reform des Aktienrechts. In Hans. Rechts- u. Gerichtszeitschrift 1931, S. 205.

Henoch: Die Umwandlung einer K.G.a A. in eine A.-G. und einer A.-G. in eine K.G.a.A. Diss. Berlin 1906.

Heymann: Die nicht eingetragene G.m.b.H. im deutsch-ausländischen Rechtsverkehr. In Jher. Jahrb. Bd. 75, S. 408.

Hoeniger: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. 1910.

Horrwitz: Das Recht der Generalversammlung der A.-G. und K.G.a.A. 1913.

Husserl: Rechtssubjekt und Rechtsperson. Im Arch Ziv.Prax. Bd 127, S. 129.

Junck: Ueber Umwandlung von Gesellschaften. In Jher. Jahrb. Bd. 77, S. 297.

Klausing: Gesellschaftsrecht. In: Die Handelshochschule.

Koenige (Teichmann-Koehler): Handausgabe des Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897. 2. Aufl. 1929.

Krakenberger: Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Kommentar. 1932.

Lehmann: Umwandlungen handelsrechtlicher Unternehmungen. In ZHR. Bd. 50, S. 1.

— Schutz und Erhaltung kaufmännischer Unternehmungen im deutschen Handelsrecht. Sonderabdruck aus der Festschrift für Georg Cohn. 1915.

Lehmann-Hoeniger: Lehrbuch des Handelsrechts. 1921.

Liebmann-Saenger: Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 7. Aufl. 1927.

Lifschütz: Die Fortsetzung der aufgelösten Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung. In JW. 1928, S. 1539.

Ludewig: Umwandlung von Kapitalgesellschaften. In Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festgabe für Heymann. 1931. S. 986.

Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 1906.

Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht. 2. Aufl. 1927.

— Die Erhaltung des Unternehmens. In ZHR. Bd. 61, S. 357.

— Reichsgericht und Interessenjurisprudenz. In der Festschrift: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. II, S. 161. 1929.

Neukamp-Becker: Das Reichgesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 5.—7. Aufl. 1922.

Parisius-Crüger: Das Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Kommentar). 1924.

Passow: Die Aktiengesellschaft. 1922.

Planck: Kommentar zum BGB. Bd. II. 1925.

Ritter: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (Kommentar). 1910.
— Die Umwandlung der Aktiengesellschaft in eine Kommanditgesellschaft auf Aktien. Im Recht 1923, S. 156.
Rümelin, Max: Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre. 1930.
Schafheutle: Gesellschaftsbegriff und Erwerb ins Gesellschaftsvermögen, mit Nachwort von Hoeniger. 1931.
Schnütgen: Die Umwandlung einer K.G.a.A. in eine A.-G. (§§ 332 bis 334 HGB.). Diss. Leipzig 1910.
Schönfeld: Zur Konstruktion der offenen Handelsgesellschaft (Versuch einer juristischen Theorie der Rechtsperson). In Jher. Jahrb. Bd. 75, S. 333.
— Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts. In der Festschrift: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. II, S. 191, 1929.
Scholz: Kommentar zum G.m.b.H.-Gesetz in seiner neuesten Fassung. 1928.
— Fortsetzung der aufgelösten G.m.b.H. und A.-G. In ZHR. Bd. 93, S. 84.
Schreiber: Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht. In Jher. Jahrb. Bd. 60, S. 106.
— Die Kommanditgesellschaft auf Aktien. 1925.
Seimert: Die Umwandlung einer A.-G. in eine G.m.b.H. Diss. Berlin 1899.
Staub-Pinner-Bondi: Kommentar zum HGB. 12. u. 13. Aufl. 1926.
Waldecker: Die eingetragene Genossenschaft. 1916.
— Studien über die Rechtsverhältnisse der sog. nicht eingetragenen Genossenschaft. In Gruch. Beitr. Bd. 59, S. 963.
Wieland: Handelsrecht. Bd. I. 1921.
Wiener: Umwandlung und Fusion von Gesellschaften. In ZHR. Bd. 27, S. 333.
Wimpfheimer: Unabänderlichkeit der Auflösung von Kapitalgesellschaften. In ZHR. Bd. 95, S. 129.
Zielinski: Grundtypenvermischungen und Handelsgesellschaftsrecht. 1925.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Begriff der Umwandlung einer Handelsgesellschaft. 1
§ 2. Die wirtschaftlichen Auswirkungen der einzelnen Umwandlungsmöglichkeiten. 4
§ 3. Abgrenzung der Umwandlung von verwandten Erscheinungen. 7
§ 4. Ueberblick über die Stellungnahme von Wissenschaft und Rechtsprechung zu den einzelnen Umwandlungsfällen. . . . 8
§ 5. Die Identitätsumwandlung als allgemeines Rechtsinstitut ist mit den Grundsätzen des Personen- und Gesellschaftsrechts in Uebereinstimmung zu bringen. 19
§ 6. Der Identitätsumwandlung als allgemeinem Rechtsinstitut stehen positive Gesetzesbestimmungen nicht im Wege. . . . 42
§ 7. Bei der Unmöglichkeit, aus den gesetzlich geregelten Umwandlungsfällen allgemeine Grundsätze für die Identitätsumwandlung herzuleiten, kann die Identitätsumwandlung nur bei einzelnen gesetzlich nicht geregelten Umwandlungsfällen durchgeführt werden. 45
§ 8. Die Regelung der Umwandlung im Aktienrechtsentwurf. . . 50

§ 1.

Umwandlung einer Handelsgesellschaft bedeutet Uebergang einer bestehenden Handelsgesellschaft in eine andere als die bisher innegehabte Gesellschaftsform.

Die wirtschaftliche Notwendigkeit einer solchen Umwandlung für die einzelne Handelsgesellschaft[1]) und für die ganze Volkswirtschaft ist unschwer zu erkennen. Die gegenwärtige Weltwirtschaftskrise und insbesondere die höchst gefährdete Lage der deutschen Wirtschaft machen es noch mehr als sonst erforderlich, ein handelsrechtliches Unternehmen nur in der rechtlichen Erscheinungsform auftreten und wirken zu lassen, die Gewähr für die bestmögliche Erfüllung seiner Aufgaben bietet. Anlaß zu einer Ueberführung eines Unternehmens in eine andere Gesellschaftsform kann der Umstand sein, daß sich nach Gründung einer Handelsgesellschaft die Wahl der Gesellschaftsform als ein Mißgriff herausstellt. Aber selbst bei Vermeidung dieses Fehlers kann sich das Unternehmen entgegen der Absicht der Gründer in einer Weise entwickeln, daß die ursprünglich dem Unternehmen entsprechende Gesellschaftsform sich dem veränderten Umfang des Betriebes und seiner Organisation gegenüber nicht mehr als wirtschaftlich herausstellt. Die verwickelte Steuergesetzgebung der Nachkriegs- und Inflationsjahre begünstigte zeitweise manche Gesellschaftsform derart, daß selbst die Nachteile und Kosten, die bei der gegenwärtigen gesetzlichen Regelung mit einer Umwandlung verbunden sind, mit in Kauf genommen wurden, um eine günstigere steuerliche Behandlung des

---

[1]) Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung sollen auch die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften behandelt werden, die zwar nicht eigentlich „Handsgesellschaften" sind, aber systematisch im allgemeinen zusammen mit den Handelsgesellschaften dargestellt werden. Vgl. Klausing § 28 I, 1.

Unternehmens in der anderen Gesellschaftsform zu erreichen. Wenn auch jetzt Umwandlungen aus solchen Motiven in manchen Fällen wegen § 5 der Reichsabgabenordnung ihren praktischen Wert verloren haben, so ist doch auch heute noch die steuerliche Behandlung vielfach ausschlaggebend für die ursprüngliche Wahl oder die spätere Umwandlung der Gesellschaftsform. Bei den einzelnen Umwandlungen sind noch die verschiedensten Gründe vorhanden, die aber meist der besonderen Eigenart des betreffenden Betriebes entspringen. Hervorgehoben soll nur werden, daß sich in der Nachkriegszeit die bereits fast in Vergessenheit geratene Kommanditgesellschaft auf Aktien (K.G.a.A.) wieder gewisser Beliebtheit erfreute, weil man durch sie der „Ueberfremdung" der aktienrechtlichen Gesellschaften vorzubeugen suchte[2]).

Der geltenden Rechtsordnung ist ein feststehender Rechtsbegriff der Umwandlung fremd[3]). Zwar wird das Wort „Umwandlung" im Gesetz öfters erwähnt, so in den §§ 332—334 HGB., 307 HGB., §§ 80 und 81 G.m.b.H.-Ges. und §§ 143 ff. Gen.-Ges. Jedoch kann aus dieser Verwendung im Gesetz kein Rechtsbegriff gefolgert werden. Die Umwandlung im Sinne der angeführten Gesetzesbestimmungen ist mehr als ein wirtschaftlicher Sammelbegriff für Rechtsvorgänge verschiedener Art anzusehen.

Sie wurde eingangs als der Uebergang einer bestehenden Handelsgesellschaft in eine andere Gesellschaftsform angesprochen. Dabei soll zunächst der Begriff des Unternehmens gegenüber dem der Handelsgesellschaft klargestellt werden. Das Unternehmen ist eine wirtschaftliche Einheit, und zwar ein im Gange befindlicher Betrieb einschließlich des geschäftlichen Rufs, der Kundschaft, der Kenntnis von Bezugs- und Absatzquellen, der Fabrik- und Geschäftsgeheimnisse, der Geschäftslage und der Geschäftsaussichten[4]). Ob diese Zusammenfassung von materiellen und immateriellen Gütern[5]) als ein immaterielles Rechtsgut anzu-

[2]) Schreiber, K.G.a.A. S. 2.
[3]) Wiener, S. 334; Junck, Jher. Jahrb. 77, 305.
[4]) Staub-Pinner, Vorbem. 3a vor § 373.
[5]) Friedländer, S. 51.

sehen ist (Pisko, Isay, Oppikofer) oder ob sie eine geistige Organisation darstellt, die selbst nicht Rechtsgut ist (Schönfeld)[6], ist für die weitere Untersuchung ohne Bedeutung; hier genügt es, das Unternehmen als Wirtschaftseinheit zu begreifen. Auszugehen ist im folgenden von dem Normalfalle, daß Unternehmen und Rechtsform sich decken, daß also nicht — wie beim Gesamtunternehmen — mehrere Gesellschaften den Träger des Unternehmens bilden. Es wird sich deshalb bei der Umwandlung darum handeln, daß der Träger des Unternehmens eine andere Rechtsform erhält und in dieser neuen Rechtsform die alte Wirtschaftseinheit mit dem im wesentlichen gleichen personalen und sachlichen Substrat wie vor der Umwandlung erscheint. Diese Umwandlung, die noch später von verwandten Erscheinungen abzugrenzen sein wird, kann sich rechtlich auf verschiedene Art und Weise vollziehen[7].

a) Die Handelsgesellschaft wird nicht aufgelöst, sondern bleibt — in veränderter Rechtsform — als solche bestehen; ein Vermögensübergang erfolgt nicht, da der Rechtsträger des Vermögens derselbe bleibt. (Im folgenden kurz „Identitätsumwandlung" genannt.)

b) Die alte Handelsgesellschaft wird aufgelöst und eine neue wird in der gewünschten Form gegründet. Das Vermögen der alten Gesellschaft geht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die neue Gesellschaft über. (Im folgenden kurz „Umwandlung mit Gesamtrechtsnachfolge" genannt.)

c) Die alte Handelsgesellschaft wird aufgelöst und eine neue gegründet; das Vermögen der alten Gesellschaft wird auf die neue im Wege der Einzelrechtsnachfolge übertragen. (Im folgenden kurz „Umwandlung mit Einzelrechtsnachfolge" genannt.)

Diesen verschiedenen rechtlichen Möglichkeiten der Umwandlung entsprechen auch wirtschaftlich auseinanderfallende Vorgänge. Während sich aber rechtlich der erstgenannte Fall der Identitätsumwandlung von den beiden letzteren Fällen der Auflösung und Neugründung unterscheidet, stehen sich vom wirtschaftlichen Standpunkt aus die beiden ersten Fälle in ihrer Aus-

---

[6]) Rechtsperson, S. 262 ff.

[7]) Vgl. Feine, S. 676.

wirkung sehr nahe[8]), wogegen der letzte Fall der Umwandlung mit Einzelrechtsnachfolge wirtschaftlich viel einschneidendere Folgen als die erstgenannten beiden Fälle mit sich bringt.

§ 2.

Zum Verständnis der wirtschaftlichen Bedeutung des Umwandlungsproblems soll auf die praktischen Folgen der einzelnen Umwandlungsmöglichkeiten kurz eingegangen werden.

Vom wirtschaftlichen Standpunkt aus wird es notwendig sein, die Umwandlung möglichst wenig den Geschäftsbetrieb hindern und die bisherigen Beziehungen, durch die das Unternehmen mit der ganzen Volkswirtschaft verknüpft war, zerreißen zu lassen. Denn die Erhaltung des Unternehmens ist eine volkswirtschaftliche Notwendigkeit, die sich wie ein roter Faden durch die gesamte Handelsgesetzgebung, insbesondere der neuesten Zeit, zieht[9]). Jeder Eingriff in den Geschäftsbetrieb und die Beziehungen des Unternehmens zur Volkswirtschaft steht dem Grundsatz der Erhaltung des Unternehmens insofern entgegen, als dadurch der Bestand des Unternehmens überhaupt gefährdet werden kann.

Die Umwandlung durch Auflösung und Neugründung mit Einzelrechtsnachfolge bringt aber gerade solche der Erhaltung des Unternehmens abträgliche Folgen mit sich.

Rechtlich muß ein lebensfähiger Organismus zerschlagen und aus den Bruchstücken ein neuer aufgebaut werden. Daß dieser Vorgang nicht nur „überflüssiges juristisches Geräusch"[10]), sondern auch schwere wirtschaftliche Schädigungen des Unternehmens mit sich bringt, liegt einmal in den gesetzlichen Bestimmungen über die Liquidation der Handelsgesellschaften, besonders der Kapitalgesellschaften, begründet. Die Tatsache, daß mit der Auflösung der alten Gesellschaft, die noch als Liquidationsgesellschaft weiterbesteht, zugleich die neue Gesellschaft gegründet wird, erfordert, daß diese neue Gesellschaft — wenig-

---

[8]) Vgl. Lehmann, Festschrift für G. Cohn, S. 27.
[9]) Müller-Erzbach, ZHR. 61, 257 ff.
[10]) Junck, Jher. Jahrb. 77, 306.

stens vorläufig — eigenes, von dem Vermögen der in Liquidation befindlichen Gesellschaft getrenntes Kapital aufwenden muß, bis sie das sachliche Substrat der alten Gesellschaft im Wege der Einzelrechtsnachfolge übernommen hat. Das Liquidationsvermögen ist gesondert von dem Vermögen der neuen Gesellschaft zu verwalten. Weiterhin müssen Grundstücke aufgelassen, bewegliche Gegenstände übergeben, Forderungen abgetreten und Orderpapiere indossiert werden; unübertragbare Rechte, so z. B. Nießbrauch, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, persönliche Vorkaufsrechte gehen unheilbar unter. Das Kündigungsrecht des Versicherers und des Versicherungsnehmers nach § 70 des Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag tritt ein; alte Vollmachten erlöschen, Vertretungs- und Geschäftsbefugnisse von Gesellschaftern werden beendigt, ebenso Kommissionen, Agenturverträge usw. Grundsätzlich ist auch die Fortführung der alten Firma in Frage gestellt. Alle diese Umstände verursachen Arbeit, Zeit und besonders hohe Kosten. Während dieser Zeit ist der eigentliche Geschäftsbetrieb selbstverständlich in seiner vollen Entfaltung gehindert, und es besteht die Möglichkeit, daß inzwischen wertvolle Geschäftsbeziehungen verloren gehen. Bei einer Neugründung ist besonders für Aktiengesellschaften (A.-G.), Gesellschaften mit beschränkter Haftung (G.m.b.H.) und Genossenschaften (e.Gen.) ein sehr kompliziertes und mit großen Kosten verbundenes Verfahren vorgeschrieben.

In Literatur und Rechtsprechung herrscht einhellige Ueberzeugung, daß diese Art des Uebergangs von einer Unternehmungsform zur andern den Erfordernissen des heutigen Wirtschaftslebens ganz und gar nicht entspricht.

Diese Schwierigkeiten fallen zum größten Teil fort bei der Umwandlung mit Gesamtrechtsnachfolge. Die Liquidation kann unterbleiben, das gesamte Vermögen der alten Gesellschaft geht auf die neue Gesellschaft über. Doch kann die Gesamtrechtsnachfolge nicht alle für die Gesellschaft nachteiligen Folgen, die mit der Auflösung und Neugründung eintreten, beseitigen. Die oben genannten unübertragbaren Rechte gehen auch bei der Universalsukzession unter. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht kann nach herrschender Lehre nicht wegen einer abgetretenen

oder durch Gesamtrechtsnachfolge übergegangenen Forderung entstehen[11]).

Diese letzten Schwierigkeiten werden nur durch die Umwandlung unter Bestehenbleiben der Gesellschaft, d. h. durch die Identitätsumwandlung, behoben. Irgendein Uebergang von Rechten oder Pflichten findet nicht statt; die Umwandlung vollzieht sich entsprechend einer Satzungsänderung der Gesellschaft. Es leuchtet ohne weiteres ein, daß diese letzte Umwandlungsart den wirtschaftlichen Bedürfnissen durch Ersparung von Arbeit, Zeit und Kosten am besten Rechnung trägt.

Demgegenüber haben sich auch in der Literatur keine Stimmen erhoben, die sich allgemein gegen die Erleichterung der Umwandlung aus wirtschaftlichen oder praktischen Gründen aussprechen.

Die wenigen kritischen Stimmen richten sich nur gegen die Erleichterung bestimmter Umwandlungsfälle, insbesondere die der Umwandlung einer A.-G. in ein K.G.a.A. Goldfeld[12]) hält ein wirtschaftliches Bedürfnis für die Erleichterung der Umwandlung einer A.-G. in eine K.G.a.A. nicht für gegeben und weist — gerade an Hand des vom Reichsgericht entschiedenen, in JW. 1930 S. 2938 mitgeteilten Falles der Hamburger Vereinsbank — daraufhin, daß eine solche Umwandlung von einer kapitalstarken Gruppe zum Vorwand einer unzulässigen Benachteiligung der Kleinaktionäre genommen werden könne. Auch Haff[13]) erblickt in der erleichterten Umwandlung der A.-G. in eine K.G.a.A. eine erhebliche Gefahr für die Stammaktionäre.

Allein diese Bedenken rechtfertigen es nicht, daß man deshalb der Forderung nach allgemeiner Erleichterung der Umwandlung ablehnend gegenübersteht. Es mag zutreffen, daß im Einzelfalle die Umwandlung von einer kapitalstarken Gruppe aus eigennützigen und gesellschaftsfremden Beweggründen vorgenommen und hierdurch der wirtschaftlich schwächere Teil der an der Gesellschaft Beteiligten geschädigt werden kann. Diese Gefahr besteht aber bei den handelsrechtlichen Körperschaften allge-

---

[11]) Eisner S. 46.

[12]) Hanseat. Rechts- und Ger.-Z. 1931, S. 206.

[13]) Ebenda S. 205.

mein; sie muß auch bis zu einem gewissen Grade vom Kleinaktionär mit in Kauf genommen werden, und man darf es wohl der Rechtsprechung und für das zukünftige Aktienrecht auch besonderen gesetzlichen Bestimmungen überlassen, in besonders gelagerten Fällen derartigen Bestrebungen einen Riegel vorzuschieben. Jedenfalls ist diese Gefahr keine typische Gefahr gerade einer erleichterten Umwandlung, die an sich ohne Benachteiligung der Interessen der Beteiligten vor sich geht[14]).

Im folgenden soll nun zunächst eine Abgrenzung der Umwandlung von den bei dieser Betrachtung auszuscheidenden Fällen vorgenommen werden. Danach soll die Stellungnahme von Wissenschaft und Rechtsprechung zu den einzelnen Fällen der Umwandlung von Handelsgesellschaften aufgezeigt werden. Es wird dann zu prüfen sein, ob die den praktischen Bedürfnissen am besten Rechnung tragende Identitätsumwandlung begrifflich mit den allgemeinen Grundsätzen des Personen- und Gesellschaftsrechts in Uebereinstimmung zu bringen ist und wie weit nach dem geltenden Gesetz eine Identitätsumwandlung überhaupt möglich ist. Zum Schluß wird kurz die Regelung der Umwandlung in den beiden Fassungen des Entwurfs zum neuen Aktienrecht an Hand der in dieser Untersuchung gewonnenen Grundsätze zu betrachten sein.

§ 3.

Da die Umwandlung als die A e n d e r u n g der Rechtsform des Trägers eines Unternehmens erkannt wurde, scheiden hier die Fälle aus, daß nach Auflösung der alten Gesellschaft eine neue Gesellschaft d e r s e l b e n Rechtsform gegründet wird. Nur diejenigen Vorgänge, die das Erscheinen des Unternehmens in einer anderen als der bisher innegehabten Rechtssform zum Ziele haben, werden im folgenden zu berücksichtigen sein. Deshalb gehört auch die Fusion von Gesellschaften der gleichen Rechtsform nicht in den Rahmen der vorliegenden Untersuchung.

Weiterhin ist für die Umwandlung in dem hier vertretenen Sinne wesentlich, daß die Gesellschaftsform, in die hinein umgewandelt wird, nicht schon Träger eines anderen Unternehmens

---

[14]) Ebenso: Erläuternde Bemerkungen zum E. I. S. 130.

war; vielmehr ist die neue Gesellschaft lediglich zum Träger des allein bestehenbleibenden alten Unternehmens bestimmt. Dies scheidet die Umwandlung von der Fusion zweier Gesellschaften verschiedener Rechtsform, bei der die aufnehmende Gesellschaft bereits vorher als Rechtsträger für ein anderes Unternehmen oder mindestens für einen Teil eines Unternehmens vorhanden war.

Ebenso wird die Verstaatlichung einer Handelsgesellschaft nicht unter den hier festgestellten Umwandlungsbegriff fallen. Einmal ergibt schon der Wortlaut des § 307 I HGB., daß das Gesetz die Verstaatlichung nicht als einen Unterfall der Umwandlung ansieht. Das Gesetz stellt hier die Umwandlung in Gegensatz zu der Veräußerung des Vermögens einer A.-G. als Ganzes; nach der Systematik des HGB. ist die Verstaatlichung nur ein Unterfall des § 303 HGB., der die Veräußerung des Vermögens einer A.-G. im ganzen regelt. Weiterhin ist aber auch die Rechtsform, in der die bisherige Gesellschaft bei der Verstaatlichung weitergeführt wird, d. h. der Staat oder die Kommune, bereits vor der Verstaatlichung als Rechtsform eines anderen Unternehmens vorhanden. Aus diesen Gründen kann also auch die Verstaatlichung im folgenden unberücksichtigt bleiben.

Auszuscheiden haben weiterhin auch die Fragen, wie bei der Umwandlung mit Einzelrechtsnachfolge die Uebertragung des Vermögens auf die neue Gesellschaft am zweckmäßigsten erfolgt. Diese Fragen — die bei der Erörterung der Umwandlung im Schrifttum einen großen Raum einnehmen — berühren die hier allein zu behandelnden grundsätzlichen Umwandlungsprobleme nicht.

Ebenso werden die Betrachtungen über die Durchführung der Umwandlung mit Gesamtrechtsnachfolge und der Identitätsumwandlung auf die Punkte zu beschränken sein, die für die grundsätzlichen Fragen erheblich sind.

§ 4.

Im folgenden soll eine kurze Darstellung der gesetzlichen Regelung und der Beurteilung der einzelnen Umwandlungsmöglichkeiten in Literatur und Rechtsprechung gegeben werden.

1. Umwandlung einer K.G.a.A. in eine A.-G.

Hier liegt nach jetzt einmütiger Ansicht von Literatur und Rechtsprechung ein Fall der Identitätsumwandlung vor[15]). Die Begründung für diese Auffassung geht im allgemeinen von dem Wortlaut des Gesetzes (§ 333 HGB.: Die Gesellschaft besteht von diesem Zeitpunkt an als A.-G. fort) aus, der die Erhaltung der Rechtssubjektivität ausdrücklich betont. Lehmann[16]) entnimmt die Begründung dem Charakter der K.G.a. A., die nach dem heutigen Recht eine modifizierte A.-G. darstellt. Im allgemeinen wird jedoch diese Art der Umwandlung als etwas Ungewöhnliches, von der üblichen Art der Umwandlung Verschiedenes angesehen.

2. Umwandlung einer A.-G. in eine K.G.a.A.

Eine Regelung dieses Umwandlungsfalles ist im Gesetz nicht gegeben.

Die naheliegende analoge Anwendung der §§ 332 ff. HGB. auf diesen Fall wird von der herrschenden Lehre abgelehnt[17]). Dies wird damit begründet, daß die Identitätsumwandlung eine Ausnahme von der grundsätzlichen Auffassung des Gesetzgebers über die Umwandlung darstelle, die einer Verallgemeinerung nicht zugänglich sei. Selbst Schreiber[18]), der die Identitätsumwandlung begrifflich für möglich und de lege ferenda für wünschenswert hält, glaubt wegen des aus den §§ 332 ff. HGB. zu entnehmenden Gegenschlusses diesen Schritt nicht tun zu können.

Gerade mit diesem Umwandlungsfall hat sich in letzter Zeit eingehend das Reichsgericht[19]) beschäftigt. Nach einem kurzen

---

[15]) Staub-Pinner, § 332 Anm. 1; Lehmann-Ring, § 332 Nr. 1; Makower § 332 Anm. 1; Brand, § 332 Anm. 2; Lehmann-Hoeniger S. 385; Müller-Erzbach, HR., S. 372; Schnütgen, S. 27; Henoch, S. 27 f.; Schreiber, K.G.a.A., S. 235; Friedländer, S. 82; RGZ. 74, 6; OLG. 5, 279.

[16]) ZHR. 50, 39.

[17]) Staub-Pinner, § 334 Anm. 6; Brand, § 332 Anm. 4; Ritter, § 332 Anm. 1; Makower, § 332 Anm. 1; Lehmann-Ring, § 332 Anm. 1; Goldschmit, § 305 HGB. Anm. 21 a; Koenige, Bem. zu § 332; Feine S. 677; Horwitz, S. 491; Junck, Jher. Jahrb. 77, 301; Friedländer, S. 82.

[18]) K.G.a.A. S. 244.

[19]) RG. in JW. 30, 2938.

Ueberblick über den Streitstand im Schrifttum gibt dieses Urteil des Reichsgerichts zu, daß der Begründung der herrschenden Meinung für ihren Standpunkt nicht beigetreten werden könne. Weder aus dem Wortlaut des Gesetzes noch aus seiner Entstehungsgeschichte ließen sich Bedenken gegen die Zulässigkeit der Umwandlung unter Aufrechterhaltung der Rechtspersönlichkeit herleiten. Das Urteil stellt fest, daß gerade aus der Begründung des Entwurfs des HGB. hervorgehe, daß der Entwurf die Bedingungen für die Benutzung der Rechtsform der K.G.a.A. im Wirtschaftsleben günstiger gestalten wollte. Die Stellungnahme des Reichsgerichts, das sich dennoch gegen eine analoge Anwendung der §§ 332 ff. HGB. ausspricht, beruht einmal darauf, daß eine solche Umwandlung auf dem Wege einer Satzungsänderung vor sich gehen müßte. Begrifflich könne aber nach Ansicht des Reichsgerichts von einer Satzungsänderung nur die Rede sein, wenn die beschlossenen Aenderungen den rechtstypischen Charakter der Gesellschaft unberührt ließen, wenn sie nicht auf die Beseitigung der nach dem geltenden Recht für die Wesenseigenart der bestehenden Gesellschaft unerläßlichen und insofern zwingenden Merkmale und deren Ersatz durch ebensolche anderer Gesellschaftsformen abzielten. Dies sei aber bei dem vorliegenden Umwandlungsfalle gegeben. Eine entsprechende Anwendung der §§ 332 ff. HGB. sei — unter Zurückstellung der begrifflichen Bedenken — auch nur dann möglich, wenn die zu berücksichtigenden Interessen im wesentlichen in beiden Fällen gleichgelagert wären. Dies sei zwar hinsichtlich der Interessen der Gesellschaftsgläubiger, nicht aber auch der der Aktionäre der Fall; deren Interessen würden durch die Umwandlung einer A.-G. in eine K.G.a.A. sehr viel empfindlicher und einschneidender betroffen als bei der Umwandlung im umgekehrten Fall.

Dem Bedenken des Reichsgerichts, daß eine Statutenänderung, die die Umwandlung der A.-G. in eine K.G.a.A. zum Gegenstande habe, nach Aktiengesellschaftsrecht unzulässig sei, schließt sich Goldfeld[19a]) an.

[19a]) Hanseat. Rechts- u. Ger.-Z. 1931, S. 206.

Für die Zulässigkeit einer analogen Anwendung der §§ 332 ff. HGB. sprechen sich aus Wieland[20]), Ritter[21]), Ludewig[22]), Klausing[23]), Eisner[24]) und Lehmann[25]). In der Begründung ihrer Ansichten gehen jedoch auch diese Autoren auseinander. Wieland, dessen Auffassung noch späterhin begegnen wird, will überhaupt die Frage, unter welchen Voraussetzungen sich bei der Umwandlung eine Neuerrichtung vermeiden läßt, nicht mit Hilfe von Allgemeinbegriffen, wie Identität und Neuheit, Gleichbleiben und Veränderung der Rechtspersönlichkeit beantworten; seiner Ansicht nach sind vielmehr Erwägungen der praktischen Zweckmäßigkeit entscheidend. Daher müsse der Weg der bloßen Veränderung überall als gangbar angesehen werden, wo nicht positiv geltende Rechtssätze hindernd in den Weg träten oder die Abwägung der Interessen nach einer anderen Richtung wiese. Im vorliegenden Falle hält Wieland eine analoge Anwendung der §§ 332 ff. HGB. für zulässig.

Auch Ritter[26]) hält den Beweisgrund, daß der Gesetzgeber, wenn er auch den umgekehrten Fall des § 332 HGB. für zulässig erachtet hätte, diesen Fall auch erwähnt hätte, nicht für durchgreifend. Vielmehr ist seiner Ansicht nach die Tatsache, daß nur die Umwandlung der K.G.a.A. in eine A.-G. gesetzlich geregelt wurde, nur damit zu erklären, daß bei Schaffung der Novelle von 1884 der umgekehrte Fall so weit außerhalb aller Wahrscheinlichkeit lag, daß man an diesen Fall gar nicht dachte. Die Schaffung des damaligen Art. 206 a ADHGB., der die Umwandlung der K.G.a.A. in eine A.-G. regelte, sei aber erforderlich gewesen, weil damals die K.G.a.A. nicht als eine juristische Person, sondern als eine Abart der K.G. angesehen wurde. Bei Einführung des geltenden HGB. sei diese Vorschrift eigentlich überflüssig geworden, weil die K.G.a.A. nunmehr als eine juristische Person und als eine Abart der Aktiengesellschaft kon-

---

[20]) HR., S. 802.
[21]) Im Recht 1923 S. 156.
[22]) Gesellschaftsrecht, § 58 C. III, 2.
[23]) In JW. 1930 S. 2938 f.
[24]) S. 41, 43.
[25]) ZHR. 50, 39.
[26]) Im Recht 1923, S. 156.

struiert worden sei und ihre Umwandlung in die A.-G. — ebenso wie vorher die Umwandlung der K.G.a.A. in die damals wesensverwandte K.G. — nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen möglich gewesen sei. Nur auf die „Beharrenskraft des Seienden" sei es zurückzuführen, daß der Art. 206 a ADHGB. als die §§ 332—334 HGB. auch in das neue HGB. übernommen worden sei; eine Schlußfolgerung auf die Zulässigkeit der Umwandlung des entgegengesetzten Falles sei deshalb nicht daraus zu ziehen.

Ludewig[27]) hält die begrifflichen Bedenken des Reichsgerichts bezüglich der Wesensverschiedenheiten der beiden Gesellschaftsformen für unbegründet. Daß der Gesetzgeber in den §§ 332 ff. HGB. die Umwandlung auf dem Wege eines satzungsändernden Beschlusses zugelassen habe, zeige mit voller Deutlichkeit, daß er in den im einzelnen vorhandenen Wesensverschiedenheiten im rechtlichen Aufbau der beiden Gesellschaftsformen kein Hindernis für die Identitätsumwandlung erblicke. Auch aus der Interessenlage der Aktionäre sei kein schlagendes Argument für diese Auffassung zu entnehmen, da eine Verschlechterung einzelner Aktionärrechte durch jeden anderen Generalversammlungsbeschluß in weit stärkerem Maße herbeigeführt werden könne.

Klausing[28]) gibt für seine Auffassung, daß sich die Identitätsumwandlung einer A.-G. in eine K.G.a.A. vielleicht schon de lege lata rechtfertigen lasse, keine nähere Begründung.

Eisner[29]) hält begrifflich die Umwandlung von Gesellschaften, die eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, in andere ebenfalls mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete Gesellschaften im Wege der bloßen Veränderung für möglich, wenn die Verfassungsänderung an der Natur der Rechtsperson nichts ändern w o l l e und die juristische Person ihre Auflösung nicht beschließe. Die zwiespältige Bedeutung der Umwandlung sei allerdings nicht geeignet, zum allgemeinen Rechtsbegriff erhoben zu werden; soweit deshalb nicht eine analoge Anwendung der gesetzlichen Umwand-

---

[27]) JW. 30, 2938 und Beitrage zum Wirtschaftsrecht, S. 992 ff.
[28]) Gesellschaftsrecht, § 58 c III, 2.
[29]) S. 41, 43.

lungsvorschriften auf einzelne Fälle möglich sei, könne sich der Uebergang von Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit zueinander nur durch Auflösung und Neubildung unter Singularsukzession vollziehen. Für den vorliegenden Umwandlungsfall erachtet Eisner eine analoge Anwendung der §§ 332 ff. HGB. für zulässig, weil A.-G. und K.G.a.A. in ihrer rechtlichen Struktur einander nahestünden.

Auch Lehmann bejaht in seiner grundlegenden Untersuchung über die Umwandlung handelsrechtlicher Unternehmungen[30]) für das geltende Recht die Möglichkeit der Identitätsumwandlung der A.-G. in eine K.G.a.A.; seiner Ansicht nach hatte das neue HGB. einzelne der bisher getrennten Typen zu einem gemeinsamen Grundbegriff zusammengefaßt, so die drei Genossenschaftsarten, die o.H.G. und K.G. und die A.-G. und K.G.a.A. Die Umwandlung einer Spielart eines solchen Grundbegriffs in die andere ist nach Lehmann im Wege bloßer Veränderung ohne Untergang des Rechtssubjekts möglich. Die Erwähnung des umgekehrten Falls des § 332 HGB. sei nur aus der rein praktischen Erwägung unterlassen worden, weil Fälle solcher Art nach Ansicht des Gesetzgebers nicht vorkämen.

3. Umwandlung einer A.-G. in eine G.m.b.H.

Dieser Umwandlungsfall ist im Gesetz (§§ 80 u. 81 G.m.b.H.-Ges.) geregelt. Der Wortlaut des § 80 G.m.b.H.-Ges. spricht ganz eindeutig für eine Umwandlung mit Gesamtrechtsnachfolge. Dies ist auch in Literatur und Rechtsprechung einhellige Meinung[31]). Eine besondere Begründung dafür, daß der Gesetzgeber für diesen Fall nicht die Identitätsumwandlung zuließ, ist in den Gesetzesmaterialien nicht zu finden. Dennoch wird man Junck[31a]) nicht beipflichten können, der die vom Gesetzgeber gewählte Umwandlung mit Gesamtrechtsnachfolge als eine „Eigensinnigkeit" bezeichnet. Diese Regelung entspricht vielmehr, wie noch später zu zeigen sein wird, der allgemeinen Auffassung bei

---

[30]) ZHR. 50, 39.

[31]) Vgl. die Uebersicht bei Staub-Pinner, § 332 Anm. 1 sowie Eltze S. 32 u. Seimert, S. 52; Friedländer, S. 86.

[31a]) Jher. Jahrb. 77, 303.

Schaffung des G.m.b.H.-Gesetzes, daß eine Umwandlung unter Wahrung der Identität begrifflich nicht möglich sei.

4. Umwandlung einer K.G.a.A. in eine G.m.b.H.

Die Nichterwähnung dieses Umwandlungsfalles im Gesetz hat viele Autoren veranlaßt, eine entsprechende Anwendung der §§ 80 und 81 G.m.b.H.-Ges. auf diesen Fall abzulehnen. Staub-Pinner[32]) verweisen insbesondere darauf, daß nach § 320 III HGB. nur die Vorschriften des 3. Abschnittes über die A.-G. auf die K.G.a.A. Anwendung finden sollten. Sonst wird allgemein die Analogie damit abgelehnt, daß eine Umwandlung durch entsprechende Anwendung der §§ 80 und 81 G.m.b.H.-Ges. wegen des Ausnahmecharakters dieser Vorschrift ausgeschlossen sei[33]).

Die Möglichkeit, die K.G.a.A. zunächst gemäß §§ 332 ff. HGB. in eine A.-G. und diese dann gemäß §§ 80 ff. G.m.b.H.-Ges. in eine G.m.b.H. umzuwandeln, wird von Lehmann[34]) und Liebmann-Saenger[35]) erwähnt. Beide haben begrifflich gegen einen derartigen Weg nichts einzuwenden, betonen aber, daß er praktisch wohl kaum gangbar sei.

Gerade mit dieser Möglichkeit, die K.G.a.A. auf diesem Umweg über die A.-G. in eine G.m.b.H. umzuwandeln, begründet Ritter[36]) seine Auffassung, daß eine direkte Umwandlung unter entsprechender Anwendung von §§ 80 ff. G.m.b.H.-Ges. durchgeführt werden könnte. Bei Schaffung des G.m.b.H.-Ges. sei ferner die K.G.a.A. nicht als juristische Person, sondern als Abart der K.G. angesehen worden, weshalb eine Umwandlung einer K.G.a.A. in eine G.m.b.H. für den konstruierenden Juristen damals gar nicht in Frage gekommen sei. Als nach Einführung des neuen HGB. die K.G.a.A. als juristische Person und Abart der A.-G. betrachtet worden sei, sei man sich der Veränderung der Tragweite der §§ 80 und 81 G.m.b.H.-Ges. gar nicht bewußt geworden. Die Bedenken, die bisher gegen die Umwandlung der K.G.a.A. in eine G.m.b.H. bestanden hätten, seien hinfällig ge-

---

[32]) § 334 Anm. 9.
[33]) Klausing, Gesellschaftsrecht, § 58 c III, 2.
[34]) ZHR. 50, 46.
[35]) § 81 G.m.b.H.-Ges. Bem. 5.
[36]) Im Recht 1923, 156.

worden, aber man habe es versäumt, dieser Tatsache durch eine Veränderung der §§ 80 und 81 G.m.b.H.-Ges.Rechnung zu tragen. Wenn der Gesetzgeber wirklich diese Umwandlung hätte verhindern wollen, so hätte er auch die Möglichkeit, diese Umwandlung auf dem Umwege über §§ 332 ff. HGB. vorzunehmen, beseitigt.

Ohne nähere Begründung schließt sich Feine[37]), wenn auch nicht mit voller Ueberzeugung, der Auffassung Ritters an.

Eisner[38]) hält durch die Vorschrift des § 320 III HGB., der die Vorschriften des 3. Abschnittes über die A.-G. auf die K.G.a.A. für anwendbar erklärt, nicht den völligen Ausschluß der entsprechenden Anwendung auch anderer die A.-G. betreffender Bestimmungen für gegeben. Ebenso wie in dem Schweigen des Gesetzes eine exklusive Regelung, so könne auch eine durch Gesetzesanalogie auszufüllende Lücke angenommen werden.

Auch Junck[39]) will hier die §§ 80 und 81 G.m.b.H.-Ges. analog anwenden, zweifelt aber daran, daß sich die Rechtsprechung dieser Auffassung anschließen werde.

5. Umwandlung einer G.m.b.H. in eine A.-G.

In diesem vom Gesetz nicht geregelten Umwandlungsfalle herrscht in Literatur und Rechtsprechung[40]) einmütige Ansicht, daß eine analoge Anwendung der für den umgekehrten Fall gegebenen Vorschriften nicht möglich sei. Die Begründung ist bei den meisten Autoren dieselbe wie die der Ablehnung der analogen Anwendung der §§ 332 ff. HGB. auf die Umwandlung der A.-G. in eine K.G.a.A. Eisner[41]) sieht in dem Schweigen des Gesetzes hier eine absichtliche Beschränkung des Gesetzgebers. Abgesehen davon ergäben sich ihrer Ansicht nach praktische Schwierigkeiten, da die Vorschriften, die für die A.-G. gelten, nur bei einer ausdrücklichen Verweisung des G.m.b.H.-Ges. auch für die G.m.b.H. anwendbar seien und ein Vorbild für eine Um-

---

[37]) S. 678.

[38]) S. 49.

[39]) Jher. Jahrb. 77, 302; ebenso Makower Anm. 1 zu § 332.

[40]) Horwitz, S. 491; Liebmann-Saenger, § 81 Bem. 6; Scholz, § 80 Anm. XII; Goldschmit, § 305 Anm. 9; Neukamp-Becker, § 80 Anm. 1; Brodmann, § 80 Anm. 1 G.m.b.H.-Ges.; Hachenburg, § 80 Einl.; Friedländer, S. 85; RFH. 17, 249; OLG. 9, 246.

[41]) S. 50.

wandlung einer G.m.b.H. in eine andere Gesellschaftsform nirgends vorhanden sei.

Feine[42]) glaubt, daß das Gesetz durch die Bestimmungen der §§ 80 und 81 G.m.b.H.-Ges. nur den Uebergang von der A.-G. zur G.m.b.H., nicht auch den umgekehrten Fall begünstigen wolle.

6. Umwandlung einer G.m.b.H. in eine K.G.a.A.

Dieser Fall, der wohl kaum jemals praktisch geworden ist, ist weder im Gesetz geregelt noch in der Literatur oder Rechtsprechung erwähnt. Nach den von der herrschenden Lehre aufgestellten Grundsätzen dürfte eine solche Umwandlung, ebenso wie die einer G.m.b.H. in eine A.-G., nur auf dem Wege über Auflösung und Neugründung mit Einzelrechtsnachfolge möglich sein.

7. Umwandlung einer o.H.G. in eine K.G.

Das Gesetz betrachtet diesen Fall als eine Identitätsumwandlung. § 162 III HGB. bestimmt, daß die vorhergehenden Vorschriften (betreffend Anmeldung der K.G. zum Handelsregister) im Falle des Eintritts eines Kommanditisten in eine bestehende o.H.G. und im Falle des Ausscheidens eines Kommanditisten aus einer K.-G. entsprechende Anwendung finden. Damit trennt das Gesetz den Fall des Eintritts eines Kommanditisten in eine o.H.G. von dem der Neuerrichtung einer K.G. und behandelt den Fall, daß beim Austritt eines Kommanditisten aus einer K.-G. kein Kommanditist mehr in der Gesellschaft verbleibt, ebenso, wie wenn nach dem Ausscheiden noch ein anderer Kommanditist vorhanden wäre[43]).

Lehmann[44]) erblickt darin eine Bestätigung seiner Auffassung, daß das Gesetz die o.H.G. und K.G. als Spielarten eines einheitlichen Gesellschaftstyps ansehe und deshalb die Identitätsumwandlung möglich sei.

8. Umwandlung einer K.G. in eine o.H.G.

Dieselben Erwägungen wie im vorhergehenden Falle treffen auch hier zu. Da die beiden Fälle völlig gleichgelagert sind, erscheinen besondere Ausführungen nicht erforderlich.

[42]) S. 677.

[43]) Staub-Pinner, § 162 Anm. 1; Düringer-Hachenburg, § 162 Anm. 7; Friedländer, S. 82.

[44]) ZHR. 50, 38.

9. Umwandlungen der drei Genossenschaftsarten unter sich.

Die sechs möglichen Umwandlungsfälle der drei genossenschaftlichen Haftungsformen sind in den §§ 143—145 Gen.-Ges. geregelt. Die drei Fälle der Umwandlung in die mildere Haftungsform — unbeschränkte Haftpflicht in unbeschränkte Nachschußpflicht, unbeschränkte in beschränkte Haftpflicht, unbeschränkte Nachschußpflicht in beschränkte Haftpflicht — werden anders behandelt wie die drei Fälle der Umwandlung in eine strengere Haftungsform. Die Ausdrucksweise des § 143 I Gen.-Ges. hat zu Zweifeln Anlaß gegeben, ob die Umwandlung in eine mildere Haftungsform unter Auflösung und Neubildung oder unter Wahrung der Identität des Rechtssubjekts vor sich geht. Das Gesetz sagt: „Eine Genossenschaft kann sich . . . . . nur unter Beobachtung der Bestimmungen umwandeln, welche für die Verteilung des Genossenschaftvermögens im Falle der Auflösung maßgebend sind."

Das Reichsgericht[45]) hat sich auch in einem Falle einer Umwandlung in eine mildere Haftungsform ohne nähere Begründung auf den Standpunkt gestellt, daß in diesem Falle Auflösung der alten und Bildung einer neuen Genossenschaft vorliege.

Dieselbe Ansicht vertritt auch Junck[46]), und zwar mit der Begründung, daß das Gesetz mit der Anwendung der Vorschriften über die Auflösung auch die Auflösung der Genossenschaft selbst fordere.

Dagegen wenden sich Parisius-Crüger[47]) mit der Begründung, daß, wenn wirklich eine Auflösung vorliege, die Liquidation unvermeidlich sei.

Auch Eisner[48]) und Waldecker[49]) stehen auf dem Standpunkt, daß hier eine Auflösung nicht vorliege, sondern daß die Umwandlung nur im Wege der Satzungänderung vor sich gehe. Die Beweisführung von Parisius-Crüger hält Eisner jedoch nicht für folgerichtig. Sie führt zur Begründung ihrer Ansicht die vom

---

[45]) RGZ. 74, 6 ff.

[46]) Jher. Jahrb. 77, 302.

[47]) § 143 Anm. 2 Gen.-Ges.; ebenso Cosack, § 42 VII, 2 b; Crüger-Crecelius, § 80 Anm. 2 G.m.b.H.-Ges.; Lehmann-Hoeniger, § 97, 3.

[48]) S. 28 ff.

[49]) Die e.Gen., S. 157.

Bundesrat erlassene Bekanntmachung über die Führung des Genossenschaftsregisters vom 1. Juli 1899 (RGBl. S. 347) an; die Ueberschrift von § 16 lautet: „Eintragung von Abänderungen des Status" und die von § 15: „Insbesondere der Umwandlung einer Genossenschaft und der Herabsetzung der Haftsumme." Weiterhin ergebe sich die Richtigkeit ihrer Ansicht aus der ganzen Anordnung des Gesetzes und der Wahrung des gemeinsamen Begriffs der e.Gen. im Gesetz.

Mit dieser letzten Begründung bekennt sich auch Lehmann[50]) zu der Ansicht, daß im vorliegenden Falle keine Auflösung, sondern Weiterbestand der alten Genossenschaft vorliege.

Das bereits erwähnte Urteil des Reichsgerichts im JW. 1930, S. 2938 ff. hält diese Auffassung in Annäherung an die Entscheidung in RGZ. 74, 6 allerdings für zweifelhaft, geht aber im übrigen auf diese Frage nicht näher ein.

Ganz unzweifelhaft ist die Auffassung, daß die Umwandlung einer Genossenschaft in eine strengere Haftungsform sich im Wege der Satzungsänderung vollzieht[51]).

10. Umwandlung einer Genossenschaft in eine Kapitalhandelsgesellschaft und umgekehrt.

Außer den in den §§ 143—145 Gen.-Ges. geregelten Fällen der Umwandlung einer Genossenschaft einer Haftform in die einer anderen Haftform hat das Gesetz Bestimmungen über die Umwandlung einer Handelsgesellschaft in eine Genossenschaft oder umgekehrt nicht getroffen. Der Weg über Auflösung und Neugründung wird deshalb allgemein für erforderlich angesehen[52]).

11. Umwandlung einer Personalhandelsgesellschaft in eine Kapitalhandelsgesellschaft oder eine Genossenschaft und umgekehrt.

Eine Umwandlung einer o.H.G. oder K.G., die übereinstimmend als eine Gesamthandsgesellschaft angesehen werden, in

---

[50]) ZHR. 50, 28/29.

[51]) Waldecker, Die e.Gen. S. 285; Krakenberger, S. 698.

[52]) Eisner, S. 51 u. 57; Krakenberger, S. 829, 831.

eine A.-G., K.G.a.A., G.m.b.H. oder e.Gen., also eine Körperschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, wird allgemein nur im Wege der Auflösung und Neubildung mit Einzelrechtsnachfolge für möglich erachtet. Die strenge begriffliche Scheidung zwischen Gesamthand und juristischer Person — wie sie die herrschende Lehre macht — läßt den Gedanken an eine Wahrung der Identität des gesellschaftlichen Gebildes gar nicht aufkommen[53]). Die Entscheidung des Kammergerichts[54]), die die Umwandlung einer K.G.a.A. in eine einfache K.G. ohne Liquidation, nur durch diesbezüglichen Beschluß der Gesellschafter und ohne Auflösung und Neugründung für möglich hielt, bestätigt nur die oben dargelegte Auffassung; denn diese Entscheidung stammt noch aus der Zeit vor Inkrafttreten des neuen Handelsgesetzbuches, als die K.G.a.A. von der herrschenden Ansicht noch als eine Abart der K.G. und damit nicht als juristische Person angesehen wurde[55]). In der Folgezeit hat die Rechtsprechung durchweg den Grundsatz aufgestellt, daß eine Umwandlung einer Gesamthand in eine juristische Person und umgekehrt nur im Wege der Auflösung und Neugründung mit Einzelrechtsnachfolge möglich sei[56]).

§ 5.

Der kurze Ueberblick über die Behandlung der einzelnen Umwandlungsfälle im Gesetz hat gezeigt, daß diese Regelung durchaus nicht einheitlich durchgeführt ist. Der größte Teil der theoretisch möglichen Umwandlungsfälle ist überhaupt nicht erwähnt, in mehreren Fällen ist Umwandlung unter Identitätswahrung und in einem Falle Umwandlung durch Auflösung und Neugründung mit Gesamtrechtsnachfolge angeordnet. Es ist sogar nicht einmal eine bestimmte grundsätzliche Einstellung des Gesetzgebers zu erkennen, die die verschiedene Behandlung der einzelnen Fälle rechtfertigte.

Ein kurzer Rückblick auf die Entwicklung des Umwandlungsrechts wird diese uneinheitliche Regelung verständlich machen.

---

[53]) Eisner, S. 84.
[54]) KGJ. 5, 36 ff.
[55]) Lehmann, ZHR. 50, 27.
[56]) Vgl. Eisner, S. 84.

Auszugehen ist jedenfalls davon, daß die allgemeine Rechtsanschauung und auch die Gesetzgebung zur Zeit der Geltung des ADHGB. die Umwandlung einer Handelsgesellschaft in eine andere durch Umstellung auf deren Erfordernisse ohne Neugründung nicht kannte[57]). Diese Auffassung galt jedoch nicht nur für die Körperschaften des Handelsrechts, sondern auch für diejenigen Handelsgesellschaften, die Gesellschaften im engeren Sinne[58]) sind.

Der großen Fülle der Unternehmungsformen, die das deutsche Recht aufzuweisen hatte, stand von jeher eine starke Abschließung der einen Form der anderen gegenüber, und das Gesetz tat lange Zeit nichts, um den Uebergang von der einen Form zur anderen zu erleichtern[59]). Sollte ein Unternehmen in der Form einer anderen Handelsgesellschaft fortgeführt werden, so blieb nicht anderes übrig, als die alte Gesellschaft aufzulösen und mit dem sachlichen und persönlichen Substrat der alten Gesellschaft eine neue Gesellschaft zu gründen[60]).

Sowohl das ADHGB. wie das Gesetz vom 4. Juli 1868 betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften erwähnten die Frage der Umwandlung nicht. Selbst die einschneidende Reform des Aktienrechts durch das Reichsgesetz vom 18. Juli 1884 bedeutete in dieser Hinsicht nur einen geringen Fortschritt. Der die Umwandlung einer K.G.a.A. in eine A.-G. erleichternde Art. 206 a, der in den Entwürfen noch gar nicht enthalten war, kam erst in der Reichstagskommission ins Gesetz[61]). Bei der grundlegenden Aenderung des Genossenschaftsgesetzes im Jahre 1889, bei der das Gesetz an Stelle der bisher einheitlichen Genossenschaft drei Typen von Genossenschaftsformen schuf, wurde die Frage der Umwandlung eines Genossenschaftstyps in einen anderen in den §§ 137—139 behandelt.

Von dem Zeitpunkt an, wo sich der Gesetzgeber mit der Umwandlungsfrage beschäftigte, wird auch die Frage behandelt, ob sich der Gesetzgeber von der bisherigen Auffassung (Auf-

---

[57]) Vgl. die Uebersicht bei Lehmann, ZHR. 50, 12 ff.
[58]) RGZ. 32, 47.
[59]) Lehmann, ZHR. 50, 11.
[60]) Wiener, S. 334.
[61]) Lehmann, ZHR. 50, 26.

lösung und Neugründung mit Einzelrechtsnachfolge) freigemacht und die Umwandlungsfrage zugunsten der Identitätsumwandlung entschieden habe. Aber auch da, wo der Gesetzgeber die Umwandlung nur durch Auflösung und Neugründung ermöglichte, erhob sich die Frage, wie weit diese beiden zeitraubenden, kostspieligen und durchaus unwirtschaftlichen Akte der Auflösung und Neugründung möglichst zu vereinfachen wären. Eine solche Vereinfachung erreichte das Gesetz in den Bestimmungen der §§ 80 und 81 des G.m.b.H.-Ges. im Jahre 1892, indem es das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die neu gegründete übergehen ließ. Das HGB. vom Jahre 1897 regelte dann in den §§ 332—334 die Umwandlung der K.G.a.A. in ein A.-G., und zwar im Sinne der Identitätsumwandlung.

Wenn man die Gründe für die der Identitätsumwandlung ungünstige Stellungnahme des Gesetzgebers aufsuchen will, so stellt man fest, daß von den meisten Autoren eine nähere Begründung für diese grundsätzliche Auffassung nicht gegeben wird[62]). Dieses Ergebnis überrascht um so mehr, als man zunächst geneigt ist, die Gründe für diese Auffassung in bestimmten Grundvorstellungen über das System der Handelsgesellschaften oder das Wesen der juristischen Person und der Gesellschaft überhaupt zu suchen.

Lehmann[63]) führt in dieser Hinsicht aus, daß die vom Gesetz gegebenen Vereinigungsformen gegeneinander streng abgeschlossen seien und nur durch wenige Rechtssätze vereinigt würden, die für die Unternehmungsform nicht entscheidend seien. Mit diesem Beweisgrunde will aber Lehmann nur dartun, daß der Uebergang von einer Gesellschaftsform zur andern immer als Umwandlung der Unternehmungs f o r m erscheine; die begriffliche Unmöglichkeit einer Umwandlung unter Wahrung der Identität will Lehmann auch damit nicht begründen.

O. Gierke[64]) nimmt zu dieser grundsätzlichen Frage nur kurz Stellung. Er behandelt zwar die möglichen Veränderungen einer

---

[62]) Wiener, S. 334.
[63]) ZHR. 50, 9, 11.
[64]) Genossenschaftstheorie, S. 809.

Verbandsperson und läßt durch die unwesentlichen wie die wesentlichen Veränderungen das „eigentliche Selbst" der juristischen Person unberührt bleiben. Von diesen Veränderungen unterscheidet er begrifflich streng die Auflösung und Neubildung einer juristischen Person. Auflösung und Neubildung ist seiner Ansicht nach dann erforderlich, wenn die juristische Person ein mit dem Begriff einer konstanten Einheit unverträgliches Schicksal erfährt. Wann dies letztere aber vorliegt, wird von ihm nicht näher ausgeführt, insbesondere nicht, ob die Umwandlung diesem letzteren Falle zuzurechnen ist.

Abgesehen von den — allerdings nicht näher begründeten — begrifflichen Bedenken über die Zulässigkeit der Identitätsumwandlung scheinen für die herrschende Ansicht auch noch andere Gründe maßgebend gewesen zu sein. Dieselben Grundgedanken, die die Auflösung einer Handelsgesellschaft durch das Erfordernis der Liquidation erschwerten, waren wohl auch bei der Frage der Umwandlung maßgebend. Wiener[65]) sieht in den Bestimmungen über die Liquidation nur den Ausfluß eines allgemeinen Prinzips, das darauf abziele, den Gläubigern einer Gesellschaft das Vermögen möglichst zu erhalten, und zwar nicht nur das Vermögen schlechthin, sondern das Vermögen gerade in der individuellen Vereinsorganisation mit der ihr eigentümlichen Mehrungs- und Zehrungskraft. Diese Rücksichtnahme auf die Gesellschaftsgläubiger taucht auch später noch als Beweisgrund gegen die Bestrebungen zur Vereinfachung der Umwandlung auf.

Ebenso wollte man dem Gesellschaftsmitglied, das sich nur zur Teilnahme an einer bestimmten Vereinigungsform entschlossen hatte, nicht zumuten, gegen seinen Willen auch Mitglied der Vereinigung in der neuen Gesellschaftsform zu bleiben. Dieser Gedankengang war auch für die Einschränkung bestimmend, mit der nach der Aktienrechtsreform durch das Reichsgesetz vom 18. Juli 1884 die Umwandlung einer K.G.a.A. in eine A.-G. erleichtert wurde: Voraussetzung für die Umwandlung war nach Art. 206 a, daß das Statut diese Umwandlung zuließ.

Es soll nun im folgenden untersucht werden, wie weit diese gegen die grundsätzliche Möglichkeit von Identitätsumwandlun-

[65]) S. 343.

gen bei Handelsgesellschaften vorgebrachten Gründe zutreffend sind.

Zunächst ist hier der Gedanke der strengen Trennung der einzelnen Gesellschaftstypen durch das Gesetz zu untersuchen. Zwar ist ein Zusammenschluß mehrerer Personen zu einer Handelsgesellschaft nur in einer der vom Gesetz gegebenen Organisationsformen möglich. Trotz dieser Typenbeschränkung ergeben sich aber die vielfältigsten Möglichkeiten, die vom Gesetz gegebenen Typen einander zu nähern und durch Schaffung von Mischtypen einen allmählichen internen Uebergang zwischen den einzelnen gesetzlichen Grundtypen zu schaffen. So kann z. B. die o.H.G. und die K.G. durch reiche Ausgestaltung ihrer Satzungen und bei großer Mitgliederzahl fast körperschaftlichen Charakter tragen, wie umgekehrt die A.-G. individualistischer Ausgestaltung fähig ist[66]). Ebenso kann die G.m.b.H. sowohl nach der individualrechtlichen wie nach der kollektivistischen Seite hin ausgebaut werden. Weiterhin entstehen durch das Auftauchen von Kapitalgesellschaften als Gesellschafter in Personalgesellschaften gesellschaftliche Bildungen — insbesondere die G.m.b.H. und Co. K.G. —, die die Grenzen zwischen den beiden gesellschaftlichen Grundtypen — Personal- und Kapitalgesellschaften — durchbrechen. Diese Grundtypenvermischungen sind von Rechtsprechung und Praxis im allgemeinen anerkannt worden[67]). Bei dieser Typenannäherung und Typenvermischung erscheinen die Handelsgesellschaften des deutschen Handelsrechts in gewisser Beziehung in einer allmählich durchgeführten Abstufung. Diese Auffassung ist in letzter Zeit insbesondere von Wieland[68]) und im Anschluß an ihn von Schreiber[69]) vertreten worden[70]). Nach ihrer Ansicht stellen die Handelsgesellschaften eine fast

---

[66]) Passow, S. 540 f.

[67]) RG. 105, 101 ff. mit Uebersicht und insbes. die eingehende Untersuchung über die rechtliche Zulässigkeit der Grundtypenvermischungen bei Zielinski, S. 72 ff.

[68]) HR. Bd. I S. 396 ff.

[69]) K.G.a.A. S. 17 ff.

[70]) Die Gleichartigkeit der Rechtsgrundsatze und Rechtsformen bei den Handelsgesellschaften wird auch von Klausing (Gesellschaftsrecht, S. 626) betont.

lückenlose Stufenleiter von Personenverbänden von relativ geringer bis zu sehr starker Verselbständigung des Verbandes gegenüber den Verbandsmitgliedern dar. Auf diesen Zusammenhang hatte auch bereits O. Gierke[71]) mehrfach hingewiesen. Dabei kann vorläufig unberücksichtigt bleiben, daß nach Ansicht Gierkes, dem hierin die herrschende Lehre gefolgt ist, trotz dieses engen Zusammenhangs durch den stufenweisen Aufbau die Handelsgesellschaften begrifflich in zwei Gruppen zerfallen, nämlich in Körperschaften und Gesellschaften im engeren Sinne.

Diese Ansicht der sog. dualistischen Betrachtungsweise soll noch später bei der Frage geprüft werden, ob die Identitätsumwandlung einer Gesellschaft i. e. S. in eine Körperschaft begrifflich möglich ist. Hier handelt es sich nur um den auch von O. Gierke anerkannten Zusammenhang sämtlicher Handelsgesellschaften.

Eine eingehende Untersuchung dieses Zusammenhangs — wie sie besonders Schreiber[72]) vorgenommen hat — ergibt überraschende Gemeinsamkeiten in der Frage nach der Organisation, der Willensbildung, der Einlagepflicht und der Haftung. Man wird deshalb — wenn auch nicht, wie Wieland[73]) von der einheitlichen Rechtsnatur der Handelsgesellschaften — zumindest von einer über den Gegensatz von Körperschaft und Gesellschaft im engeren Sinne hinwegreichenden Zusammengehörigkeit im rechtlichen Aufbau sprechen können[74]). Eine strenge Abgeschlossenheit der verschiedenen Gesellschaftstypen, die Lehmann[75]) feststellen zu müssen glaubte, ist deshalb gar nicht vorhanden. Die hier vertretene Ansicht, die das entscheidende Merkmal weniger in den trennenden Erscheinungen bei den einzelnen Gesellschaften, als vielmehr in der Gemeinsamkeit im rechtlichen Aufbau sieht, läßt den Uebergang von einer Gesellschaftsform zur anderen als durchaus natürlich erscheinen.

Die Umwandlung ohne Auflösung und Neubildung wurde bisher kurz „Identitätsumwandlung" genannt; als das trotz der Um-

---

[71]) Handelsrecht, § 44, 3, § 33, 3.
[72]) K.G.a.A. S. 17 ff.
[73]) HR. Bd. I. S. 396 ff.
[74]) Feine, S. 50.
[75]) ZHR. Bd. 50, S. 9 u. 11.

wandlung der Rechtsform bestehenbleibende wird allgemein das Rechtssubjekt, der Rechtsträger der Handelsgesellschaft, angesehen. Es wird deshalb auf das Wesen des Rechtssubjekts näher einzugehen sein, und zwar sowohl auf die juristische Person wie auch auf den Rechtsträger bei den Individualgesellschaften. Diese Untersuchung wird deshalb erforderlich sein, um beurteilen zu können, ob sich eine solche Identitätsumwandlung mit dem Wesen des Rechtsträgers vereinen läßt.

Die Theorie über das Wesen der juristischen Person bewegt sich — soweit dies hier interessiert — im wesentlichen in zwei Gedankenrichtungen, der deutschrechtlichen Genossenschaftstheorie und der von der romanistischen Rechtsauffassung beeinflußten Fiktionstheorie.

Als der Hauptvertreter der romanistischen Auffassung ist heute Wieland[76]) anzusprechen. Seine Gedankengänge bewegen sich etwa in folgender Richtung:

Dem Gesetzgeber ist es nur darum zu tun, mit dem Begriff der juristischen Person bestimmte Rechtssätze für die Gesellschaft in Anwendung zu bringen. Er bedient sich hierbei der gesetzlichen Fiktion. Die Gesellschaft wird in gewisser Beziehung so behandelt, wie wenn für das Vermögen ein besonderes Rechtssubjekt da wäre. Fiktionsbasis, d. h. wirklicher Tatbestand, bleibt das unter den Mitgliedern bestehende Gesellschaftsverhältnis. Die fiktive Persönlichkeit ist daher nur ein technisches Hilfsmittel, um gewisse auf die Selbständigkeit der Gesellschaft hinzielende Rechtssätze bequem abzuleiten und zu veranschaulichen, ohne daß damit das Vermögen aufhört, gemeinsames Vermögen zu sein. Wenn das Gesetz den Individualgesellschaften des Handelsrechts, der o.H.G. und K.G., die äußere Anerkennung als Gesellschaft mit Rechtsfähigkeit versagt, so ist daraus noch nicht die begriffliche Verschiedenheit dieser Gesellschaften von den mit selbständiger Persönlichkeit ausgestatteten zu entnehmen. Sachlich ist jedenfalls bei den Individualgesellschaften fast dieselbe Verselbständigung der Gesellschaft gegenüber ihren Mitgliedern erreicht wie bei den anderen Handelsgesellschaften. Aus der eigenen Rechtspersönlichkeit einer

---

[76]) S. 428 ff.

Handelsgesellschaft können deshalb keine Schlüsse auf den Grad der Verselbständigung gezogen werden, weil die eigene Rechtspersönlichkeit nur der Sammelname für einzelne, für jede Gesellschaft individuell abgestufte positive Gesetzesbestimmungen über diese Verselbständigung ist.

Innerhalb des deutschen Rechtsgebiets ist jedoch zur herrschenden Auffassung gelangt die von Beseler begründete und von O. Gierke ausgebaute Genossenschaftstheorie, die die Lehre von der „realen Verbandsperson" entwickelt hat.

Ihre wesentlichsten Merkmale sind folgende. Verbandspersönlichkeit ist die von der Rechtsordnung anerkannte Fähigkeit eines menschlichen Verbandes, als ein von der Summe der verbundenen Personen unterschiedenes einheitliches Ganzes Subjekt von Rechten und Pflichten zu sein[77]). Die reale Gesamtperson ist das ebenso von den verbundenen Einzelpersonen getragene wie ihnen zugehörige Gemeinwesen. An Stelle eines nur schuldrechtlichen Vertragsverhältnisses unter den Gesellschaftern — wie bei der römischrechtlichen societas — tritt eine personenrechtliche Einordnung von Mitgliedern in einen körperschaftlichen Organismus kraft der Körperschaftssatzung durch den sog. sozialrechtlichen Konstitutivakt, an Stelle koordinierter Rechte und Pflichten Einzelner untereinander treten Rechte und Pflichten von Mitgliedern einem übergeordneten Verbande gegenüber, der aber selbst nur von ihnen getragen wird. Die Mitgliedschaft bei dieser Gesamtperson ist ein personenrechtliches Verhältnis, kraft dessen die Rechtssphäre einer Person zugleich durch Einfügung in ein Gemeinleben beschränkt und durch Beteiligung an einem Gemeinleben erweitert wird[78]). Die „reale" Verbandsperson ist jedoch nicht als etwas Körperliches anzusehen, sondern ist ein individuelles und soziales Lebens- und Willenszentrum, von dem wirkende Kraft ausgeht[79]).

Dieser am allgemeinen wohl herrschenden Auffasung über das Wesen der juristischen Person hat sich gerade in neuester Zeit eine Ansicht entgegengestellt, die weniger in ihrer Grund-

---

[77]) O. Gierke, Deutsches Privatrecht, I, 469.
[78]) Gierke, Dtsch. Privatrecht I, 492.
[79]) Ebenda, S. 471.

einstellung, dafür aber mehr im Endergebnis sich der Wielandschen Lehre nähert.

Schreiber hat in seiner handelsrechtlichen Untersuchung über die K.G.a.A. den Begriff der juristischen Person nicht aus einer vorgefaßten Theorie heraus entwickelt und dann die Berechtigung seiner Auffassung an der mit diesem Begriff mehr oder minder in Einklang zu bringenden gesetzlichen Regelung zu begründen versucht. Er geht vielmehr überhaupt nur von dem positiven Rechtsinhalt aus und untersucht die aus der Folgerung des Begriffs der juristischen Person auftauchenden Fragen bei jeder einzelnen Gesellschaftsbildung an Hand der konkreten gesetzlichen Regelung. Er kommt zu dem Ergebnis[80]), daß der Begriff der juristischen Person für privatrechtliche Körperschaften des deutschen Rechts weder inhaltlich scharf bestimmt noch scharf begrenzt sei. Als juristische Person werden die Verbände betrachtet, in denen solche Einrichtungen überwiegen, die dazu dienen können, einen Verband im Rechtsleben gegenüber seinen Mitgliedern zu individualisieren. Es stört dabei nicht, daß sie daneben auch Eigenschaften haben, in denen die Mitglieder wiederum als Individuen hervortreten[81]). Andrerseits kann auch bei den Gesellschaften, die vom Gesetz nicht ausdrücklich als juristische Person angesehen werden, eine starke Verselbständigung des Personenverbandes gegenüber den einzelnen Mitgliedern festgestellt werden.

Schönfeld schickt seiner Untersuchung über die Rechtsnatur der o.H.G.[82]) eine Betrachtung der Rechtsperson überhaupt voraus. Er schließt sich der bereits früher — insbesondere von Burghardt[83]) — vertretenen Ansicht an, daß sowohl die natürliche wie die juristische Person nichts Reales darstellten, sondern beide eine Schöpfung des Rechts seien. Deshalb ist nach Schönfelds Ansicht die Erkenntnis der juristischen Person unabhängig davon, ob „hinter" der juristischen Person eine dem Menschen analoge reale metaphysische Substanz stehe, wie die organische

---

[80]) Schreiber, K.G.a.A. S. 37.
[81]) Derselbe S. 33.
[82]) Jher. Jahrb. 75, 333 ff.
[83]) Ztschr. f. d. Privat- u. öffentl. Recht d. Gegenwart, XVIII, S. 1 ff.

Theorie in ihren verschiedenen Abwandlungen behauptet[84]). Das Recht kennt streng genommen nur Rechtssubjekte, d. h. Tatbestände rein rechtlicher Art, die Erfüllung in der außerrechtlichen Wirklichkeit fordern; Aufgabe des Rechts ist es, mit Hilfe dieser Rechtssubjekte Rechtspersonen zu bestimmen. Der Begriff der Rechtsperson trägt daher nach Schönfeld weder dinglichen noch fiktionalen Charakter, sondern stellt die notwendige Bedingung objektiver Rechtsnormen dar und kann methodisch nur im Dienste juristischer Zumessung verwendet werden[85]).

Grundlage der folgenden Ausführungen werden weder die Fiktionstheorie noch die oben geschilderte Auffassung Schönfelds über das Wesen der juristischen Person sein.

Man muß Schönfeld zwar zugeben, daß seine oben mitgeteilte Ansicht über das Wesen der juristischen Person insofern nicht unrichtig ist, als die Annahme eines Rechtssubjekts und der dadurch bestimmten Rechtsperson die Grundlage für das System von objektiven Rechtsbeziehungen bildet. Nur darin kann ihm nicht gefolgt werden, daß in dieser reinen Formfunktion das Wesen und die Bedeutung des Personenrechts überhaupt erschöpft sei. Die Frage bleibt unbeantwortet, in welcher Beziehung diese Gestaltungen der Rechtsordnung zum wirklichen Leben stehen, welchen materiellen Gehalt sie haben. Darauf, daß Schönfeld selbst später diesen Standpunkt aufgegeben hat, soll noch eingegangen werden.

Bei der Fiktionstheorie ist zunächst darauf hinzuweisen, daß die Formen des Rechts als solche real und nicht fingiert sind, weil sie Formen des positiven und wirklichen Rechts sind. Während jedoch die oben dargelegte formalistische Ansicht Schönfelds die Frage, ob dieser reinen Rechtsform im Leben nicht etwas Reales entspreche, als schlechthin unzulässig verwirft, greift die Fiktionstheorie gerade zur Beantwortung dieser Frage zu der Fiktion einer Rechtsperson. Hierin liegt aber gleichzeitig das Zugeständnis dieser Lehre, daß die rechtliche Gestaltung der juristischen Person und die Ordnung des wirklichen Lebens auseinanderfallen. Denjenigen, der die Rechtsformen zugleich als Le-

---

[84]) Schönfeld, Jher. Jahrb. 75, 374.
[85]) Schönfeld, Jher. Jahrb. 75, 373.

bensformen begreifen will, kann daher die Lehre der Fiktionstheorie nicht befriedigen.

Für die folgenden Ausführungen wird in der Grundauffassung die deutschrechtliche Lehre von der realen Gesamtperson als die richtige anzusehen sein, wenn man ihr auch nicht in allen Einzelheiten folgen kann. Jedenfalls kann man nicht in der bloßen Formenwelt verharren, ohne die berechtigte Frage nach dem materiellen Inhalt des Personenbegriffs zu stellen und zu untersuchen. Dieser Erkenntnis hat sich auch Schönfeld nicht verschließen können. In seiner späteren, grundlegenden Arbeit „Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts"[86]) gibt er seinen früheren formalistischen Standpunkt auf und baut, in grundlegenden Fragen auf Gierkes Anschauungen fußend, ein eigenes System des Personenrechts auf. Dieses System im wesentlichen wiederzugeben, ist in dem vorliegenden Rahmen nicht möglich. Nur die für die vorliegenden Fragen besonders interessierenden Untersuchungen Schönfelds sollen im folgenden kurz wiedergegeben werden:

„Recht und Leben, Form und Gehalt sind untrennbar; sie sind ineinander gegliedert, können zwar getrennt, d. h. nacheinander, betrachtet werden, müssen aber in der Grundstruktur übereinstimmen."[87])

Der Weg der Schönfeldschen Untersuchung geht nicht von der Form des Rechts aus, um dann zu ergründen, was hinter der Form im Leben tatsächlich an Gehalt vorhanden ist; er sucht vielmehr zunächst den Gehalt zu ergründen, weil mit dem Gehalt zugleich auch die Form gegeben ist.

„Das Leben[88]) gliedert sich in „Ich" und „Gegenstand", in Subjekt und Objekt. Das „Ich" ist deshalb Subjekt, weil es weiß, und der Gegenstand deshalb Objekt, weil er von mir oder einem anderen Subjekt gewußt wird. Das „Ich" ist aber selbst auch Objekt, weil es von sich und von einem anderen „Ich" gewußt wird. Das „Ich" steht mit allen Subjekten, weil diese selbst

---

[86]) In der Festschrift: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. II, S. 191 ff.

[87]) Ebenda S. 200 bis 202.

[88]) In diesen Grundfragen nimmt Schönfeld, worauf er auch S. 204 hinweist, auf die Arbeiten Richard Hoenigswalds Bezug.

wissen oder wenigstens wissen können, in einer Gemeinschaft. Insofern ist das „Ich", das Subjekt, seiner Natur nach gemeinschaftsfähig. Diese naturgegebene Möglichkeit einer Gemeinschaft wird von mir subjektiv vollzogen, indem ich von mir und denen, die auch wissen, „Wir" sage. Deshalb wird auch das „Ich" im „Wir" nicht ausgelöscht.

Die Gemeinschaft ist zwar die Einheit und Ganzheit der Einzelnen, die sie bilden, ist aber darum auch kein „Ich" im Sinne der Einzelnen, sondern als „Wir" ein „Ueber-Ich". Deshalb besitzt auch die Gemeinschaft keine „Seele", die eigentlich nur dem „Ich" zukommt, sondern nur Geist."

In seinen weiteren Ausführungen betrachtet Schönfeld dann den Gegensatz von Subjekt und Objekt und das Wesen der Gemeinschaft unter dem Gesichtspunkt der Kultur. Die Aufgabe und Idee der Kultur sieht Schönfeld in der Vergeistigung von „Ich" und Körper, in der Vollendung von Seele und Natur. Indem das Kultursubjekt nicht bloß in der Kultur i s t, sondern auch an der Kultur und ihrer Idee mitarbeiten s o l l, wird es durch dieses Sollen zur Kulturperson.

Diese Arbeit an der Kultur ist Einheit von Gemeinschaftsarbeit und Einzelarbeit; sie wird nur von Personen geleistet, und zwar von Gesamt- und Einzelpersonen. Darum ist die unterste Einheit in der Kulturwelt dasjenige Wesen, dem noch eine Mitarbeit an der Kultur — zu der selbstverständlich auch die Wirtschaft gehört — zugesagt werden kann, was auf den Menschen zutrifft. „Der Mensch ist nicht das oberste, sondern das unterste Wesen der Kultur, so gewiß es wohl über, nicht aber unter ihm Kulturpersonen gibt."[89]) Die Kulturgemeinschaft kann daher auch auch nicht von der Einzelperson, dem Menschen, allein aus aufgebaut werden, sondern wird in gleicher Weise von Menschen und Gesamtpersonen getragen.

Allerdings braucht die nichtmenschliche Kulturperson in ihrer Geistigkeit des einzelnen Menschen zu ihrer Verwirklichung; aber indem der Mensch arbeitet, arbeitet er zugleich als Gliedperson, als Teilhaber der Kulturgemeinschaft.

---

[89]) Schönfeld S. 209.

Dieser Gliederung der Kultur als der Gliederung des Lebens entspricht die Grundstruktur des Rechts. Allerdings ist nicht jede Kulturperson notwendig Rechtsperson; jedoch werden die beiden Begriffe nicht auf der ganzen Linie auseinanderfallen können, weil sonst das Recht seiner Aufgabe, Form der Kultur zu sein, nicht nachkommen könnte.

„Das Recht muß seinen personalen Geltungsbereich bestimmen; es muß außerrechtlich vorhandene Personen durch seine Normen personal qualifizieren[90]). Entsprechend den beiden Arten von Kulturpersonen gibt es auch zwei Arten von Rechtspersonen, ichhaft-menschliche und nicht-ichhaft-geistige oder natürliche und juristische. Insofern die Rechtsperson subjektive Rechte besitzt, ist sie gleichzeitig Rechtssubjekt, und insofern sie Pflichten hat, auch Pflichtsubjekt. Diese beiden Begriffe Rechtssubjekt und Pflichtsubjekt sind rein juristische und damit formale Begriffe, während die Rechtsperson einen zwar juristisch zugearteten, aber materiell fundierten Begriff darstellt."

Rechtssubjekt und Pflichtsubjekt kann aber nicht nur die Rechtsperson sein; auch eine Personenmehrheit, die nicht selbst wieder Person ist, kann Rechts- und Pflichtsubjekt sein. Ein solches Verhältnis liegt z. B. bei der o.H.G. und bei der Gesamthand überhaupt vor. „Die Gesellschafter sind zwar ihrer personalen und materiellen Seite nach Vielheit, insofern sie einen Personenverband und nicht eine Verbandsperson bedeuten, sind aber formal-juristisch Einheit, insofern sie eine Subjektsform des Rechts erfüllen."[91])

Diese Gedanken Schönfelds über das System des Personenrechts führen zu einer vertieften Auffassung der deutsch-rechtlichen Lehre von der Gesamtperson. Das bisher immer noch etwas mystische Wesen der Gesamtperson gewinnt durch die Ausführungen Schönfelds über die Rechtsperson einen festen Stand in Kultur und Rechtsleben. Gewiß geht Schönfeld in seinem Bestreben, alle Begriffsbestimmungen auf den Aufbau seines Systems zuzuschneiden, im einzelnen zu weit, und

---

[90]) Ebenso Husserl, S. 147 Anm. 26.
[91]) Schönfeld, S. 225/226.

es ist Rümelin[92]) mit seiner Kritik an Schönfeld zuzugeben, daß es nicht angeht, empirisch bedingte Rechtsbegriffe wie Treuhand und Unternehmen im Rechtssinne ein für allemal im Rechtssystem zu bestimmen und festzulegen. Soweit aber Schönfeld sich darauf beschränkt, die Begriffe der Rechtsperson und des Rechtssubjekts zu bestimmen und auseinanderzuhalten, kann man ihm folgen. Allerdings wird man die Ergebnisse, zu denen Schönfeld bei Anwendung seines Systems auf streitige Fragen des Gesellschaftsrechts kommt, nicht durchweg billigen können. So hat er auch die Frage gestreift, die die Veranlassung zu der Untersuchung über das Wesen der juristischen Person gab, nämlich die Frage, ob sich die Identität des Rechtsträgers eines Unternehmens bei der Umwandlung mit dem Wesen des Rechtsträgers überhaupt vereinen läßt.

Schönfeld[93]) will für den Fall, daß eine bestehende Gesellschaft ihre Form wandelt, eine Identität des Rechtsträgers nicht anerkennen, sondern „möglicherweise Rechtsnachfolge eintreten lassen". Er scheidet diesen Fall streng von jenem, bei dem eine Gründungsgesellschaft in die eigentliche Endgesellschaft übergeht, und läßt dort, nicht aber hier, einen Wechsel in der Rechtsperson eintreten. Der einzige Grund, den er gegen eine gleichartige Behandlung beider Fälle anführt, ist der, daß die Gründungs- und die vollendete Gesellschaft ein und dieselbe Person sei, während dies bei der Umwandlung nicht möglich sei, da für die gewandelte Gesellschaft ihre Form zu ihrem Wesen gehöre.

Man vermißt hier die sonst bei Schönfeld durchgeführte gesonderte Betrachtung der materiellen und formellen Seite. Nach der materiellen Seite ist es ganz unzweifelhaft, daß die bereits vorhandene Gesellschaft als Kulturperson bestehenbleibt, d. h. zum mindesten bestehenbleiben könnte. Mag auch durch die Umwandlung in eine andere Gesellschaftsform die bestehende Gesamtperson anders gegliedert sein: Die wirkende Kraft, die von dem geistigen Zentrum unvermindert ausging, ist dadurch nicht erloschen, sondern strahlt ohne Beeinträchtigung selbst bei

---

[92]) S. 20.

[93]) Rechtsperson u. Rechtsgut, S. 225.

erheblich anderer Gliederung weiter. Das Unternehmen, das bisher in der Rechtsform der A.-G. seinen Platz im Wirtschafts- und damit im Kulturleben ausgefüllt hatte, behält diesen Platz auch in der neugewählten Rechtsform der G.m.b.H. weiter.

Zweifel an dem Bestehenbleiben der Kulturperson können allerdings unter Umständen bei der Umwandlung einer Handelsgesellschaft in eine Genossenschaft und umgekehrt auftauchen. Das besondere wirtschaftliche Merkmal der Genossenschaft — die unmittelbare wirtschaftliche Förderung der Mitglieder und der Ausschluß von reinen Gelderwerbszwecken für die Genossenschaft selbst — stellt diese Assoziationsform in einen Gegensatz zu den anderen Gesellschaften des Handelsrechts, die grundsätzlich als reine Gelderwerbsvereinigungen aufgebaut sind. Nun ist es möglich, daß die Genossen trotz Beibehaltung des genossenschaftlichen Prinzips ihren Zusammenschluß aus irgendwelchen Gründen in eine andere Rechtsform bringen wollen. Solche Vereinigungen, die vom wirtschaftlichen Standpunkt aus als Genossenschaften anzusehen sind, indem ihr besonderer Zweck der unmittelbaren wirtschaftlichen Förderung ihrer Mitglieder dient, die sich aber nicht der Rechtsform der Genossenschaft, sondern etwa der einer A.-G. oder G.m.b.H. bedienen, sind nicht selten; so kann z. B. eine Genossenschaftsbank das Bedürfnis haben, ihr Unternehmen in Form einer G.m.b.H. weiter zu führen, im übrigen aber ihren bisherigen Zweck als Kreditgeber der Genossen beibehalten. Wird in einem solchen Falle der wirtschaftliche Charakter einer Genossenschaft erhalten, so besteht wohl kein Bedenken, im wirtschaftlichen und damit im kulturellen Sinne die „Genossenschaft" im Gewande der G.m.b.H. als dasselbe Gebilde, als dieselbe Kulturperson wie vor der Umwandlung anzusehen.

Wird jedoch mit dem Wechsel der Rechtsform zugleich das genossenschaftliche Prinzip aufgegeben und ist der weitere Zusammenschluß der bisherigen Genossen lediglich als reine Gelderwerbsvereinigung bestimmt, dann kann man wohl nicht von einer wirtschaftlichen Identität der beiden Organisationen sprechen. Das wäre z. B. dann der Fall, wenn die Genossen die bisherige Genossenschaftsbank in der Form einer A.-G. oder G.m.b.H. als größeres Bankinstitut ausbauen wollen, das keineswegs nur

den wirtschaftlichen Bedürfnissen der bisherigen Genossen genügen, sondern ganz allgemein Bankverkehr betreiben soll. Obwohl in einem solchen Falle auch das persönliche und sachliche Substrat der alten Genossenschaft in der neuen Gesellschaft wieder auftaucht, hat die neue Gesellschaft doch im Wirtschaftsleben eine derart andere Funktion, daß man sie als eine neue, mit der alten Genossenschaft nicht identische Wirtschaftseinheit ansehen muß.

Mit Ausnahme dieses eben besprochenen Falles ist aber sonst bei der Umwandlung das Bestehenbleiben der Kulturperson nicht in Frage gestellt.

Was die formelle, juristische Seite anlangt, so gibt Schönfeld selbst zu, daß es sich sowohl bei der Entwicklung der Gründungs- zu der vollendeten Gesellschaft, als auch bei der Umwandlung um die gleiche Subjektsform handelt. Da wir das Rechtssubjekt bereits als die Form erkannt haben, in der die Rechtsperson als Rechtsgenosse steht, soll also in beiden Fällen der Sammelpunkt der Rechtsbeziehungen unverändert bestehen bleiben, während der Rechtsträger, dem diese Rechtsbeziehungen „zugerechnet" werden, nur in einem Falle gleich bleibt, im anderen aber wegfallen und durch einen anderen ersetzt werden muß.

Es leuchtet ohne weiteres ein, daß eine Rechtsordnung, die dies forderte, sich mit der Regelung des tatsächlichen, d. h. des kulturellen Lebens in diesem Punkte sehr wenig decken würde. Aber fordert denn unsere geltende Rechtsordnung, — an der es zweifellos selbst liegt, wie sie ihre Rechtspersonenordnung mit der tatsächlichen Ordnung der Kulturpersonen zusammenbringt[94]) — begrifflich wirklich mit Notwendigkeit im Falle der Umwandlung den Untergang des Rechtsträgers?

Unzweifelhaft ist für die Entstehung der Rechtsperson, d. h. für die rechtliche Qualifikation der bereits vorhandenen Kulturpersonen, die Organisation dieser Gesamtperson in einer der vom Gesetz gegebenen Assoziationsformen erforderlich. Insofern trifft es zu, was Schönfeld als Beweisgrund für seine Auffassung anführt, daß die Form — d. h. die besondere Gesell-

[94]) Feine, S. 51.

schaftsart — für die Rechtsperson selbst wesentlich ist. Eine andere Frage ist es aber, ob für den Begriff der Rechtsperson auch das Weiterverharren in der einmal gewählten Gesellschaftsart erforderlich ist. Die Frage läuft darauf hinaus, ob durch das Aufgeben der einmal gewählten Gesellschaftsform die Rechtsperson ein mit dem Begriff einer konstanten Einheit unverträgliches Schicksal erfährt. Dies ist jedoch zu verneinen. Ist die Kulturperson einmal durch die Organisation in einer bestimmten Assoziationsform von der Rechtsordnung zur Rechtsperson qualifiziert worden, dann wird ihr Wesen eben durch diese Anerkennung als Rechtsperson bestimmt, nicht durch die von ihr gewählte Rechtsform. Der Aenderung der Gesellschaftsform kann für den Begriff der Rechtsperson keine wesentlichere Bedeutung zugemessen werden als etwa einer Satzungsänderung, durch die — unter Verharren in der alten Rechtsform — in die innere Struktur der Gesellschaft eingegriffen wird. Der Umstand, daß die Bezeichnung der Gesellschaftsform (A.-G., G.m.b.H.) in dem einen Falle geändert wird und in dem anderen bestehen bleibt, kann für das Wesen der Rechtsperson nicht entscheidend sein; ein solches Kennzeichen ist für die Frage, ob Identität oder Neuheit vorliegt, zu primitiv[95]). Will man es auf den rechtstypischen Charakter der Gesellschaftsform und auf die Frage abstellen, ob dieser Charakter unberührt bleibt — so wie es die in JW. 1930, S. 2938 mitgeteilte Entscheidung des RG. tut —, so darf man nicht außer acht lassen, daß auch Veränderungen des inneren Aufbaues, die sich im Rahmen von Satzungsänderungen vollziehen, den rechtstypischen Charakter einer Gesellschaft erheblich verändern können. Nimmt man den Fall an, daß eine A.-G., die dem rechtstypischen Charakter dieser Gesellschaftsform gemäß nach kollektivistischen Grundsätzen aufgebaut ist, durch Satzungsänderung einen stark individualistischen Einschlag erhält, so kann man wohl kaum sagen, daß der rechtstypische Charakter der Gesellschaftsform hiervon unberührt bleibe. Dennoch zweifelt hier niemand daran, daß diese Umorganisation der gesellschaftlichen Struktur zwar das Wesen der Gesellschaft, nicht aber die Identität der Rechts-

[95]) O. Fischer, S. 68.

person berührt. Zwischen einer derart einschneidenden Satzungsänderung und der Aenderung der Gesellschaftsform ist aber nur dem Grade, nicht auch der Art nach ein Unterschied.

Weiterhin darf nicht verkannt werden, daß es sich bei dem Begriff der Rechtsperson nicht um einen rein juristischen, sondern um einen zwar juristisch zugearteten, aber materiell fundierten Begriff handelt. Die Auffassung, daß bei Aenderung der Rechtsform auch die Rechtsperson untergehen müsse, stellt es aber lediglich auf die Formfunktion des Begriffes der Rechtsperson ab; nicht berücksichtigt wird hierbei, daß die Rechtsperson doch die von der Rechtsordnung qualifizierte Kulturperson und deshalb mit deren Schicksal verknüpft ist. Daß aber die Aenderung der Rechtsform das Fortbestehen der Gesellschaft als Kulturperson nicht in Frage stellt, wurde schon oben gezeigt.

Schließlich wird man aber auch beachten müssen, daß das Problem „Identität oder Neuheit" nicht lediglich vom rein erkenntnistheoretischen Standpunkt aus betrachtet werden kann, weil die Begriffe Identität und Neuheit im allgemeinen schwankende, nicht fixierbare Bezeichnungen sind[96]). Man muß deshalb, wenn man auch nicht die Frage der Identität allein nach dem Gesichtspunkt der Interessengleichheit entscheiden will[97]), Gesichtspunkte der Zweckbestimmung und der Verkehrsanschauung zumindest mitsprechen lassen[98]). Daß von diesem Standpunkt aus die Erhaltung des Rechtsträgers geradezu als notwendig erscheint, ist bereits oben S. 4 ff. dies. Arb.) dargelegt worden.

Aus dem hier entwickelten Begriff der Rechtsperson ergibt sich deshalb — abgesehen von der S. 33 behandelten Ausnahme — nichts, was die Annahme der Identität der Gesellschaft vor und nach der Umwandlung unmöglich macht.

Die vorstehenden Ausführungen waren in erster Linie auf die Umwandlung von Handelsgesellschaften mit Rechtspersön-

---

[96]) O. Fischer, S. 73.

[97]) So Müller-Erzbach, Festschrift, S. 175; Wieland, S. 802.

[98]) Heymann, Jher. Jahrb. Bd. 75, S. 428.

lichkeit und körperschaftlicher Organisation untereinander abgestellt.

Für die Umwandlung von Gesellschaften i. e. S. in körperschaftliche Handelsgesellschaften und von Gesellschaften i. e. S. untereinander werden aus dem Wesen der gesellschaftlichen Organisation besondere Grundsätze herzuleiten sein. Es wird daher kurz auf das Wesen der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft einzugehen sein.

Der Gesellschaftsbegriff setzt sich aus zwei verschiedenen Elementen zusammen. Einmal hat die Gesellschaft — wie die römischrechtliche societas — schuldrechtlichen Charakter. Die Legaldefinition der Gesellschaft in § 705 BGB. erfordert ein Verpflichtetsein der Mitglieder gegeneinander. Diese schuldrechtlichen Verpflichtungen bestehen nicht nur bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, sondern auch bei den — für die vorliegende Untersuchung allein in Betracht kommenden — beiden gesellschaftlich organisierten Handelsgesellschaften, der o.H.G. und der K.G.[99]). Das schuldrechtliche Element der Gesellschaft kommt auch darin zum Ausdruck, daß das BGB. die Gesellschaft wie Kauf, Darlehn, Auftrag unter die besonderen Schuldverhältnisse einordnet.

Eine weit verbreitete Lehre erblickt auch nur in diesem schuldrechtlichen Verhältnis — in der gegenseitigen Verpflichtung zu Leistungen und zum gesellschaftsmäßigen Verhalten — das Wesen des Gesellschaftsverhältnisses[100]).

Dieser Lehre ist — insbesondere in letzter Zeit — eine Auffassung entgegengetreten, die die Gesellschaft nicht lediglich von der schuldrechtlichen Seite her betrachtet, sondern sie in die Gruppe der menschlichen Verbände einreiht. Schon das HGB. ist der Systematik des BGB. nicht gefolgt und hat die handelsrechtlichen Gesamthandsgesellschaften nicht unter den Handelsgeschäften zusammen mit Handelskauf, dem Kommissionsgeschäft usw. geregelt, sondern sie den Organisationsformen des Handelsrechts eingereiht. Wenn auch die o.H.G. und die K.G. gegenüber der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts

---

[99]) Staub, Anm. 3 zu § 105.

[100]) Planck, Vorbem. II u. III vor § 705 mit Nachweis.

viel straffer organisiert und dadurch den körperschaftlichen Handelsgesellschaften angenähert sind, so sind doch die Gesamthandsgesellschaften des Handelsrechts auf der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft als ihrer Grundlage aufgebaut; es muß daher ein Vergleich bezüglich der systematischen Stellung dieser Gesellschaften zulässig sein[101]). Daß in der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts auch gewisse verbandsrechtliche Elemente vorhanden sind, wird auch von Vertretern der schuldrechtlichen Lehre nicht geleugnet[102]). Gierke sieht die personenrechtliche Verbundenheit der Gesellschafter als einen Ausfluß des Gesamthandsprinzips an[103]), ist also der Ansicht, daß bei Fehlen eines die Gesamthand begründenden Gesellschaftsvermögens zwischen den Gesellschaftern lediglich schuldrechtliche Beziehungen bestünden. Dieser Ansicht Gierkes wird man nicht folgen können. Auch beim Fehlen eines Gesellschaftsvermögens bleiben bei der Gesellschaft eigenartige, personenrechtliche Beziehungen zwischen den Gesellschaftern bestehen, die in den Mitbestimmungs- und Aufsichtsbefugnissen zum Ausdruck kommen und die für den Gesellschaftsbegriff wesentlich sind[104]). Diese rein personenrechtlichen Beziehungen reihen die Gesellschaft dem Verbandsrecht ein und sind nur aus diesem heraus zu verstehen[105]).

Der Begriff der Gesellschaft besteht gerade in der Kombination der schuldrechtlichen und der verbandsrechtlichen Elemente[106]). Soweit die verbandsrechtlichen Elemente in Betracht kommen, ist der Ansicht Schreibers vom stufenweisen Aufbau sämtlicher Handelsgesellschaften beizutreten. Von den körperschaftlich organisierten Verbänden unterscheidet sich die Gesellschaft dadurch, daß sie schuldrechtliche Beziehungen unter den Gesellschaftern begründet; dem nicht gesellschaftlichen Verbande ist die schuldrechtliche Beziehung unter den Mitglie-

---

[101]) Schafheutle, S. 25.

[102]) Planck, Anm. 1 zu § 54.

[103]) Dtsch. Priv.-Recht III, S. 482.

[104]) Schafheutle, S. 32.

[105]) Hoeniger, Gemischte Verträge, S. 271 ff.; Schreiber in Jher. Jahrb. 60, S. 173.

[106]) Hoeniger bei Schafheutle, S. 96.

dern wesensfremd[107]).

Die vorstehende Betrachtung ergibt, warum die Identitätsumwandlung einer gesellschaftlich organisierten Handelsgesellschaft in eine körperschaftlich organisierte nicht möglich ist. Nicht der Umstand, daß o.H.G. und K.G. im Gegensatz zu den anderen Handelsgesellschaften einer selbständigen juristischen Persönlichkeit entbehren, ist entscheidend. Die oben angedeuteten begrifflichen Schwierigkeiten würden sich auch bei der Umwandlung einer Gesellschaft i. e. S. in eine nicht rechtsfähige Körperschaft, z. B. einen nicht rechtsfähigen Verein, ergeben.

Die nicht zu überbrückende Kluft bildet vielmehr die Struktur der Gesellschaft aus verbandshaften und verbandsfremden Elementen.

Gegen diese Auffassung spricht auch nicht folgende Erwägung:

Von der herrschenden Ansicht in Schrifttum und Rechtsprechung[108]) wird die Gründungsgesellschaft einer handelsrechtlichen Körperschaft vor der Eintragung als eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts betrachtet; gleichzeitig wird die spätere Körperschaft als identisch mit der Gründungsgesellschaft angesehen. Nach dieser Auffassung müßte also folgerichtig der Uebergang einer Gesellschaft i. e. S. in eine Körperschaft unter Wahrung der Identität möglich sein.

Die Auffassung der herrschenden Lehre, die die Gründungsgesellschaft als eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ansieht, verkennt damit das Wesen einer Gründungsgesellschaft. Wenn das Ziel der Entwicklung eine Körperschaft sein soll, dann kann auch ihr Beginn nicht im Zeichen einer Gesellschaft i. e. S. stehen. Die Gründer haben auch gar nicht den Willen, eine Gesellschaft zu schaffen, sondern wollen von Anfang an eine Körperschaft ins Leben rufen. Die bloße Eintragung ins Handelsregister kann nicht die Wirkung haben, daß aus einem gesellschaftlichen Organismus ein körperschaftlicher wird. Die

[107]) Hoeniger, ebenda, S. 96.

[108]) Hachenburg, § 11 Anm. 2; Staub-Pinner, § 188 Anm. 4; Scholz, § 11 Anm. I, 2a; Neukamp-Becker, S. 50; Liebmann-Saenger, § 11 Anm. 1; RGSt. 36, 73; RGZ. 58, 56; 82, 290; 83, 373. a. A.: Waldecker, Die e.Gen., S. 110 und Gruch. Beitr. Bd. 59, S. 972, der die noch nicht eingetragene Genossenschaft als nicht rechtsfähigen Verein betrachtet. Dagegen Brodmann Anm. 1 zu § 11, der die Identität überhaupt leugnet.

unrichtige Auffassung der herrschenden Lehre ist allerdings durch die in dieser Beziehung manchmal unklare Ausdrucksweise des Gesetzes veranlaßt worden. Wenn z. B. § 11 Abs. 1 G.m.b.H.-Ges. davon spricht, daß „vor der Eintragung ins Handelsregister die G.m.b.H. als solche noch nicht bestehe," so ist damit nur ein Negatives gesagt. Diese Bestimmung besagt tatsächlich nur, daß der werdenden Körperschaft alle diejenigen Eigenschaften abgehen müssen, die erst der G.m.b.H. nach der Eintragung zustehen können, d. h. die selbständige Rechtsträgerschaft des Vermögens. Im übrigen, d. h. soweit nicht diese Rechtszuständigkeit in Frage steht, muß die bereits vor der Eintragung vorhandene Körperschaft nach den Grundsätzen, die für dieselbe Körperschaft nach der Eintragung gelten, behandelt werden. „Die Antwort auf die Frage, was vor der Eintragung besteht, kann also nur lauten: Es besteht eine noch nicht eingetragene Körperschaft, z. B. A.G. oder G.m.b.H., d. h. eine A.G. oder G.m.b.H. abzüglich derjenigen Eigenschaften, die erst durch die Eintragung erworben werden[109])." Diese Körperschaft wird in ihrem Wesen durch die Eintragung ins Handelsregister nur noch rechtlich qualifiziert, behält aber nach wie vor ihre körperschaftliche Organisation.

Diese Ansicht über das Verhältnis der Gründungs- zu der vollendeten Gesellschaft mit eigener Rechtsfähigkeit ist neuestens von Ernst Cohn scharf angegriffen worden[110]). Cohn weist zutreffend darauf hin, daß Identität nur vorliegen könne, wenn der Zurechnungspunkt der von der Gründungsgesellschaft begründeten Rechte und Pflichten derselbe sei wie der Zurechnungspunkt der vollendeten Gesellschaft. Das ist aber nach Cohns Auffassung deshalb nicht möglich, weil die Gründungsgesellschaft mangels Rechtspersönlichkeit keinen selbständigen Zurechnungspunkt für Rechte und Pflichten habe, sondern Zurechnungspunkte eben die einzelnen Gründer selbst seien. „Selbst wenn man zugeben muß, daß zwischen juristischen Personen und solchen Vereinigungen, die nicht juristische Perso-

---

[109]) Feine, S. 201; ebenso Schreiber, K.G.a.A., S. 56.
[110]) S. 138 ff.

nen sind, keine scharfen Grenzen, sondern nur allmähliche Uebergänge bestehen: an diesem Punkte muß denknotwendig eine Grenze, ja ein Trennungsstrich gezogen werden[111])."

Man muß zugeben, daß gegenüber dieser Kritik die Auffassung Feines und Schreibers über die Identität der Gesellschaft vor und nach der Eintragung nicht standhalten könnte. Nur wenn man, wie es hier im Anschluß an Schönfelds Lehre versucht wurde, die Rechtsperson nicht als formalen Begriff, als Zurechnungspunkt ansieht, sondern die materielle Fundierung des Begriffs der Rechtsperson beachtet und diesen Begriff von dem rein juristischen Begriff des Rechtssubjekts als des Zurechnungspunkts trennt, wird man den falschen Ausgangspunkt Cohns erkennen. Die vor der Eintragung tatsächlich bestehende und ins Leben tretende Körperschaft ist von dem Augenblick an, wo sich durch ihre Errichtung der körperschaftliche Wille konstituiert hat, als Kulturperson vorhanden. Von der Rechtsordnung wird diese Gründergesellschaft nicht als Person, sondern als Personenmehrheit angesehen. Dennoch bilden die einzelnen Glieder eine Einheit, und zwar keine personale, wohl aber eine subjektive Einheit; denn Rechtssubjekt (Zurechnungspunkt von Rechten und Pflichten) kann auch eine Personenmehrheit sein, die selbst nicht wieder Person ist, aber eine Subjektsform des positiven Rechts erfüllt[112]). Damit ist auch das Bedenken Cohns beseitigt: Es besteht demnach bereits vor der Erlangung der Rechtsfähigkeit in der Gründergesellschaft, wie sie von Schreiber und Feine aufgefaßt wird, ein Rechtssubjekt, also ein einziger Zurechnungspunkt, sodaß die Annahme der Identität dieses Zurechnungspunkts vor und nach der Eintragung keine Schwierigkeiten bietet.

Diese Untersuchung zeigt einmal, daß die Identitätsauffassung bei der Gründung einer handelsrechtlichen Körperschaft gerechtfertigt ist, daß aber andererseits diese Auffassung nicht von der Möglichkeit der Identitätsumwandlung einer Gesellschaft im engeren Sinne in eine Körperschaft ausgeht.

Damit fällt auch dieser für die Möglichkeit einer Identitäts-

---

[111]) S. 142.

[112]) Schönfeld, Rechtsperson, S. 225.

umwandlung einer Gesellschaft i. e. S. in eine Körperschaft vorgebrachte Beweisgrund fort.

Aus den oben gefundenen Ergebnissen geht hervor, daß bei der Umwandlung von gesellschaftlich organisierten Handelsgesellschaften untereinander kaum irgendwelche begriffliche Schwierigkeiten auftauchen. Alle Bedenken, die sich bei der Umwandlung von Kapitalgesellschaften aus ihrer Natur als juristische Personen ergeben haben, fallen hier weg. Bei den beiden Individualgesellschaften des Handelsrechts, der o.H.G. und der K.G., sind in gleichem Maße verbandshafte und verbandsfremde Elemente vorhanden. Die zwischen den einzelnen Mitgliedern bestehenden schuldrechtlichen Beziehungen bleiben — mit den anläßlich der Umwandlung erforderlichen Abänderungen — bestehen. Wenn schon oben für die als Rechtsperson organisierten körperschaftlichen Handelsgesellschaften begrifflich nicht das Verharren in einer bestimmten Assoziationsform gefordert wurde, so ist das um so weniger bei den bedeutend loseren Personenverbänden der o.H.G. und der K.G. zu verlangen.

Begrifflich bestehen daher für die Annahme einer Identitätsumwandlung der beiden gesellschaftlich organisierten Handelsgesellschaften untereinander keine Bedenken.

Die für die Umwandlung von Handelsgesellschaften gewonnenen Grundsätze lassen sich kurz folgendermaßen zusammenfassen:

Identitätsumwandlung von körperschaftlich organisierten Handelsgesellschaften untereinander und von als Gesellschaften i. e. S. organisierten Handelsgesellschaften untereinander ist begrifflich möglich. Eine Ausnahme macht hiervon unter Umständen die Umwandlung einer Genossenschaft in eine Handelsgesellschaft und umgekehrt (vgl. S. 33).

Begrifflich nicht möglich ist die Identitätsumwandlung einer Handelsgesellschaft, die als Gesellschaft im engeren Sinne aufgebaut war, in eine körperschaftlich organisierte Handelsgesellschaft.

§ 6.

Die grundsätzliche Möglichkeit der Identitätsumwandlung genügt aber allein noch nicht, um sie in der geltenden Rechts-

ordnung durchführen zu können. Es wird sich fragen, ob nicht besondere Gesetzesbestimmungen die Annahme der Identitätsumwandlung bei den gesetzlich nicht oder nicht eindeutig geregelten Umwandlungsmöglichkeiten überhaupt ausschließen.

In erster Linie ist hier das Argument zu untersuchen, das von der herrschenden Lehre aus den §§ 332 ff. HGB. insbesondere gegen die Zulässigkeit der Identitätsumwandlung einer A.G. in eine K.G.a.A. und gegen die Identitätsumwandlung im allgemeinen gewonnen wird. Man folgert durch argumentum e contrario aus der ausdrücklichen Namhaftmachung des in den §§332 HGB. ff. geregelten Falles, daß damit in anderen Fällen eine solche Identitätsumwandlung nicht möglich sei; der Gesetzgeber hätte — nach dieser Auffassung — sicher nicht den einen Fall hervorgehoben und gesetzlich geregelt, wenn er auch in den anderen Fällen die Identitätsumwandlung als möglich angesehen hätte.

Gegen die unbedingte Ueberzeugungskraft solcher Gegenschlüsse hat sich das neuere Schrifttum und im Anschluß daran auch die Rechtsprechung schon mehrfach ausgesprochen[113]).

Bis vor einigen Jahren war es einhellige Auffassung in Literatur und Rechtsprechung, daß eine Fortsetzung einer A.-G. oder G.m.b.H. nach Eintritt der Auflösung nur in den vom Gesetz besonders hervorgehobenen Fällen möglich sei. Die hauptsächlichste Stütze für diese Ansicht entnahm man — für die G.m.b.H. — dem Gegenschluß aus § 60 Nr. 4 G.m.b.H.-Ges., indem man diese Bestimmung als eine Ausnahmebestimmung ansah, aus der hervorgehe, daß in anderen Fällen die Fortsetzung nicht beschlossen werden könne[114]). Nachdem zunächst das Kammergericht[115]) dieses argumentum e contrario nicht für allein ausschlaggebend angesehen und die Fortsetzung der aufgelösten G.m.b.H. — wenn auch nur in bestimmtem Rahmen — gestattet hatte, schloß sich auch das Reichsgericht[116]) dieser Auffassung an. Bald nach der ersten Entscheidung des Kammer-

---

[113]) Vgl. Junck, Jher. Jahrb. 77, 313.

[114]) Vgl. die Uebersicht bei Scholz, ZHR. 93, 84 f.

[115]) In JW. 1925, 640.

[116]) In JW. 1928, 633; ebenso OLG. Dresden in JFG. 4, 206.

gerichts stellte Hachenburg[117]) in Erweiterung der Auffassung des Kammergerichts fest, daß ganz allgemein der Gegenschluß aus § 60 Nr. 4 G.m.b.H.-Ges. für die Entscheidung dieser Frage überhaupt nicht ausschlaggebend sein könne. Dem hat sich auch jetzt im allgemeinen das Schrifttum angeschlossen[118]).

Für diese Stellungnahme war allerdings in erster Linie entscheidend, daß bei der o.H.G. in § 144 HGB. ebenfalls die Möglichkeit der Fortsetzung der Gesellschaft nur für den Fall des Abschlusses eines Zwangsvergleichs oder Einstellung des Konkurses gestattet wird, die Fortsetzung der o.H.G. aber nach unbestrittener Ansicht auch in anderen Fällen möglich ist[119]).

Nicht zuletzt ist aber diese Stellungnahme wohl durch die Erkenntnis beeinflußt, daß die Aufnahme einer besonderen gesetzlichen Bestimmung oft nur dem Bedürfnis entsprungen ist, einen gegenwärtig praktisch vorkommenden Fall zu regeln, ohne daß der Gesetzgeber damit die Absicht hatte, die Möglichkeit eines ähnlich liegenden Falles durch die Nichtregelung auszuschließen. „Man darf eben dem Gesetzgeber nicht eine viel höhere, übermenschliche Einheit des Bewußtseins ansinnen; in Wirklichkeit ist auch das Recht, das die Gesetze verkünden, rissiges, brüchiges, armseliges Menschenwerk[120])."

Der Gegenschluß aus der gesetzlichen Vorschrift der §§ 332 ff. HGB. allein kann also nicht die Unzulässigkeit einer Identitätsumwandlung im allgemeinen begründen.

Auch die Interessen der Gläubiger der umzuwandelnden Gesellschaft werden bei der Identitätsumwandlung grundsätzlich nicht berührt. Es besteht kein allgemeines wirtschaftliches Bedürfnis dafür, daß den Gläubigern einer Gesellschaft das Vermögen gerade in der individuellen Vereinsorganisation erhalten bleibt; vielmehr muß es genügen, daß die dem Zugriff der Gläubiger bisher unterliegende Vermögensmasse im wesentlichen nicht vermindert wird. Nur in den Fällen, wo die Haftungs-

---

[117]) In JW. 1925, 802.

[118]) Bing in JW. 30, 2908; Lifschütz in JW. 28, 1539 f.; Brodmann, ZHR. 1928, 135 ff., Feine S. 648 f.! Scholz, ZHR. 93, 84. A. A.: Wimpfheimer, ZHR. 95, 131; Staub-Pinner, § 307 Anm. 1.

[119]) Staub-Pinner, § 131 Anm. 2, § 144 Anm. 1.

[120]) Ritter im Recht 1923, 158.

grundlage des Unternehmens in der neuen Rechtsform tatsächlich geringer ist, müssen die Interessen der Gläubiger in irgendeiner Weise geschützt werden. Inwieweit diese Voraussetzung zutrifft, soll im folgenden bei der Untersuchung der nach geltendem Recht möglichen Identitätsumwandlungen geprüft werden; Bedenken allgemeiner Art wegen einer Benachteiligung der Gesellschaftsgläubiger bei der Identitätsumwandlung sind aber nicht gerechtfertigt[121]).

§ 7.

Der praktischen Verwendbarkeit der bisher gewonnenen Anschauungen stehen allerdings gewisse Schwierigkeiten im Wege. Gerade die Notwendigkeit von Gläubigerschutzmaßnahmen im einzelnen Falle und die Schwierigkeit der Durchführung der Umwandlung überhaupt lassen die Frage auftauchen, in Anlehnung an welche ausdrücklich getroffene gesetzliche Regelung die im Gesetz nicht erwähnten Umwandlungsfälle zu behandeln sind. Der Entwicklung allgemeiner Grundsätze aus den einzelnen gesetzlich geregelten Fällen der Identitätsumwandlung steht entgegen, daß diese wenigen Fälle vom Gesetzgeber ziemlich uneinheitlich behandelt sind. Man wird also im allgemeinen auf Analogien zu den gesetzlich geregelten Fällen angewiesen sein. Wenn sich deshalb herausstellen sollte, daß sich auf einen Umwandlungsfall nicht positive Vorschriften eines ähnlich liegenden Falles entsprechend anwenden lassen, dann wird eben die Identitätsumwandlung in diesem Falle aus praktischen Gründen undurchführbar sein.

Im folgenden sollen kurz die Ergebnisse aufgezeichnet werden, die sich aus den vorstehenden Ausführungen für die einzelnen Umwandlungsfälle ergeben:

a) Die entsprechende Anwendung der §§ 332 ff. HGB. auf den Fall der Umwandlung einer A.-G. in eine K.G.a.A. ist möglich.

Daß begriffliche Bedenken oder positive Gesetzesvorschriften eine solche analoge Anwendung nicht verbieten, wurde bereits oben dargelegt.

---

[121]) Ebenso: Erläuternde Bemerkungen zum E. I, S. 130.

Nicht gerechtfertigt sind auch die Bedenken, die das Reichsgericht in der in JW. 1930, S. 2941 mitgeteilten Entscheidung daraus herleitet, daß die Bestimmungen der §§ 332 ff. HGB. für die Aktionäre eine andere Interessenlage als die bei dem umgekehrten Falle voraussetzten. Wenn das Reichsgericht in dieser Entscheidung ausführt, daß sich die Rechtslage für die Aktionäre bei der Umwandlung einer K.G.a.A. in eine A.-G. nach verschiedener Richtung hin verbessere, während bei der umgekehrten Umwandlung die Herrschafts-, Gewinn- und Liquidationsrechte der Aktionäre erheblich betroffen und beeinträchtigt würden, so wird bei dieser Begründung doch ein entscheidendes Moment nicht berücksichtigt. Die eben genannten Rechte der Aktionäre können — worauf schon das OLG. Hamburg unter Billigung von Ludewig (JW. 1930, S. 2940) hingewiesen hatte — doch durch jeden anderen Generalversammlungsbeschluß in weit größerem Maße betroffen werden, soweit sich die erforderliche Mehrheit findet und in Sonderrechte einzelner Aktionäre nicht eingegriffen wird. Daß die Aktionärminderheit in einem gewissen Maße immer von der Mehrheit beherrscht wird, liegt in der Natur der körperschaftlichen Willensbildung, und es wird nur darauf ankommen, dieses Uebergewicht der Mehrheit in besonders gelagerten Fällen zu beschränken, wie es z. B. im E. I mit dem Vorzugsstimmrecht der Stimmrechtsaktien versucht wird.

Die Vorschriften der §§ 332 ff. HGB. lassen sich bei der Verwandtschaft der A.-G. mit der K.G.a.A. auch ohne Schwierigkeit auf den umgekehrten Fall anwenden.

Als Mehrheit, die in der Generalversammlung der A.-G. für den Umwandlungsbeschluß erforderlich ist, wird die für satzungsändernde Beschlüsse in § 275 Abs. 1 HGB. festgesetzte Mehrheit von drei Vierteilen des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals ausreichend sein. Die Bestimmung des § 275 Abs. 2 HGB., wonach für den Fall der Abänderung des Gegenstands des Unternehmens diese Mehrheit zwingend und nicht durch den Gesellschaftsvertrag abänderlich ist, wird wegen der gleichen Interessenlage bei dem Umwandlungsbeschluß ebenfalls analog angewandt werden können.

Andererseits wird eine größere Mehrheit oder gar Ein-

stimmigkeit[122]) deswegen nicht erforderlich sein, weil durch den Umwandlungsbeschluß nicht tiefer in die Interessen der Aktionäre eingegriffen wird, als dies bei gewöhnlichen Satzungsänderungen der Fall sein kann[123]).

Der zukünftige persönlich haftende Gesellschafter wird seinen Beitritt in der Generalversammlung der A.-G. erklären müssen. Diese Erklärung des zukünftigen Komplementärs bedeutet die sinngemäße Ergänzung des Umwandlungsbeschlusses. Mangels einer besonderen gesetzlichen Bestimmung über die Art und Weise der Abgabe dieser Erklärung — wie sie etwa im Entwurf (E. I § 226 Abs. 2; E. II § 225 Abs. 2) durch Abgabe der Erklärung in notarieller oder gerichtlicher Verhandlung aufgestellt ist — wird diese Beitrittserklärung gemäß ihrem Charakter als korporationsrechtlicher Akt im Anschluß an den Umwandlungsbeschluß oder jedenfalls in der Generalversammlung erklärt werden müssen; damit ist zugleich auch die für derartige Erklärungen erforderliche Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung gewahrt.

Die übrigen Bestimmungen der §§ 332 ff. HGB. sind entsprechend anzuwenden, wie etwa Anmeldung der Umwandlung zum Handelsregister mit Beifügung der Bilanz, Veröffentlichung der Bilanz, Aufforderung an die Gesellschaftsgläubiger zur Anmeldung der Ansprüche, Sicherstellung der Gläubiger, Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats und des bisherigen Vorstandes.

b) Der Uebergang von einer schärferen Haftungsform einer eingetragenen Genossenschaft zu einer milderen geht, ebenso wie der Uebergang von einer milderen Haftungsform zu einer schärferen, auf dem Wege der Identitätsumwandlung vor sich. Begriffliche Bedenken bestehen nicht, und der Wortlaut des Gesetzes ist ohne Zwang im Sinne der Identitätsumwandlung aufzufassen.

c) Weitere Analogien zugunsten der Identitätsumwandlung sind de lege lata nicht möglich. Es gibt keine gesetzlichen

[122]) Einstimmigkeit hält das RG. (JW. 1930, S. 2941) für erforderlich, wenn man die begrifflichen Bedenken gegen die Identitätsumwandlung zurückstellen wollte.

[123]) Ebenso: Ludewig, JW. 1930, S. 2940.

Bestimmungen, die — abgesehen von den unter Umständen auftauchenden begrifflichen Schwierigkeiten (vgl. S. 33) — bei der Umwandlung einer A.-G., K.G.a.A. oder G.m.b.H. in eine Genossenschaft oder umgekehrt entsprechend angewendet werden könnten. Die Vorschriften der §§ 332 ff. HGB. sind zu sehr auf die besonderen Verhältnisse der aktienrechtlichen Gesellschaften und ihre Umwandlung ineinander zugeschnitten, als daß sie ohne weiteres entsprechend auf die Umwandlung in eine Genossenschaft paßten. Es fehlt jeder Anhalt dafür, wie der Gesellschafter, der ein größeres Aktienpaket oder mehrere Geschäftsanteile einer G.m.bH. besitzt, als Mitglied der Genossenschaft in bezug auf seinen Geschäftsanteil zu behandeln sein sollte. Denn bei der Genossenschaft sind die Geschäftsanteile der Genossen gleich hoch, und der Genosse kann auch nicht — abgesehen von der Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht und auch da nur unter bestimmten Voraussetzungen — mehrere Geschäftsanteile haben (§§ 134—137) Gen.-Ges.). Auch umgekehrt ergibt sich nicht die Möglichkeit, aus den Bestimmungen der §§ 143 ff. Gen.-Ges. allgemeine Gesichtspunkte für die Umwandlung einer Genossenschaft in eine A.-G, K.G.a.A. oder G.m.b.H. zu gewinnen. Der Aufbau der aktienrechtlichen Gesellschaft oder der G.m.b.H. im Schoße der Genossenschaft würde insbesondere bei der Frage, wie weit die zum Teil strengen Gründungsvorschriften für diese Gesellschaften beachtet werden müßten, eine Reihe schwieriger Probleme auftauchen lassen, deren Lösung im Wege der Lückenergänzung ebenfalls unmöglich ist.

d) Man ist zunächst versucht, die Bestimmungen der §§ 80 und 81 G.m.b.H.-Ges. auf die Umwandlung der G.m.b.H. in eine A.-G. entsprechend anzuwenden. Zwar läge dann eine Identitätsumwandlung — gemäß der vom Gesetz in §§ 80 und 81 G.m.b.H.-Ges. getroffenen Regelung — nicht vor, und Auflösung und Neugründung wären nicht zu vermeiden; die wertzerstörende Einzelrechtsnachfolge könnte aber wenigstens durch die Gesamtrechtsnachfolge ersetzt werden. Doch auch hier ergeben sich praktische Schwierigkeiten. Gemäß § 80 Abs. 2 G.m.bH.-Ges. darf das Stammkapital der neuen G.m.b.H. nicht geringer sein als das der aufzulösenden A.-G.; da das Mindestgrundkapital

einer A.-G. 50 000 RM. und das Mindeststammkapital einer G.m.b.H. 20 000 RM. beträgt, wird bei einer Umwandlung nach §§ 80 und 81 G.m.b.H.-Ges. das Mindeststammkapital immer erreicht werden können. Nimmt man aber den umgekehrten Umwandlungsfall an, so taucht sofort die Frage auf, ob bei einer G.m.b.H. mit einem Stammkapital von weniger als 50 000 RM. eine Umwandlung derart möglich ist, daß das Grundkapital der zu gründenden A.-G. gleich dem bisherigen Stammkapital bleibt. Weiterhin erfordert § 182 HGB. für die Gründung einer A.-G., daß mindestens fünf Gründer den Gesellschaftsvertrag abschließen und Aktien übernehmen. Kann dieses Erfordernis in Wegfall kommen, wenn die umzuwandelnde G.m.b.H. weniger als fünf Gesellschafter hat?

Man kann daraus, daß diese beiden hier berührten Fragen in den beiden Fassungen des Entwurfs zum neuen Aktienrecht nicht behandelt sind, keine Schlüsse ziehen. Wie später noch darzutun sein wird, hat der Entwurf die Umwandlung einer G.m.b.H. in eine A.-G. im Sinne der Identitätsumwandlung geregelt, so daß dort eine Neugründung der A.-G. nicht zu erfolgen braucht. Die hier angedeuteten Fragen tauchen aber nur bei der Neugründung einer A.-G. auf, wie sie in analoger Anwendung der Bestimmungen der §§ 80 und 81 G.m.b.H.-Ges. erforderlich wäre.

Nach dem geltenden Gesetz ist deshalb die erleichterte Umwandlung einer G.m.b.H. in eine A.-G. durch Auflösung und Neugründung mit Gesamtrechtsnachfolge nicht möglich, weil die hierbei auftauchenden Fragen nicht durch entsprechende Anwendung positiver Vorschriften eines ähnlich gelagerten Falles gelöst werden können.

Dieselben Erwägungen lassen auch de lege lata eine analoge Anwendung der §§ 80 und 81 G.m.b.H.-Ges. für die Umwandlung einer G.m.b.H. in eine K.G.a.A. nicht zu.

e) Dagegen ist es wieder möglich, auf die Umwandlung der K.G.a.A. in eine G.m.b.H. die Bestimmungen der §§ 80 und 81 G.m.b.H.-Ges. entsprechend anzuwenden. Die Auflösung der K.G.a.A. vollzieht sich ebenso wie die der A.-G., und die Neuerrichtung der G.m.b.H. bleibt in beiden Fällen gleich. Aller-

dings liegt folgerichtig dann auch hier keine Identitätsumwandlung, sondern Umwandlung mit Gesamtrechtsnachfolge vor.

f) Umwandlungen von Personalhandelsgesellschaften in Kapitalhandelsgesellschaften oder Genossenschaften und umgekehrt gehen nur unter Auflösung und Neubildung mit Einzelrechtsnachfolge vor sich.

§ 8.

Die Regelung der Umwandlungsfrage im geltenden Gesetz, die den praktischen Bedürfnissen ganz und gar nicht angepaßt ist, wurde bereits seit langem als reformbedürftig erkannt. Es lag nahe, die Identitätsumwandlung von Handelsgesellschaften als allgemeines Rechtsinstitut auszubauen und für Kapitalgesellschaften durchweg zuzulassen. In dieser Richtung bewegten sich auch die Anregungen, die Feine[124]) bezüglich der Umwandlung de lege ferenda gab. Auch Junck[125]) trat in letzter Zeit nachdrücklich für eine Reform des Umwandlungsrechts ein. Sein Vorschlag geht allerdings nach der Richtung, die Umwandlung allgemein als Umwandlung mit Gesamtrechtsnachfolge durchzuführen. Im Fragebogen VIII und IX des Reichsjustizministers zur Reform des Aktienrechts ist unter Teil IX Ziffer IV Nr. 2 auch die Frage der Umwandlung aufgegriffen.

Der Entwurf eines Gesetzes über A.-G. und K.G.a.A. von 1930 (E. I.) und der Amtliche Entwurf zu demselben Gesetze von 1931 (E. II) — der in der Umwandlungsfrage gegenüber dem E. I nur unwesentliche, hier nicht interessierende Aenderungen aufweist — haben sich folgerichtig auf den Standpunkt der Identitätsumwandlung gestellt und damit die Entwicklung fortgesetzt, die schon Lehmann[126]) vor etwa 30 Jahren angedeutet hatte[127]). Die Regelung des Entwurfs, die später noch im einzelnen darzulegen sein wird, ist aber nicht lediglich auf Zweck-

---

[124]) S. 678.

[125]) Jher. Jahrb. 77, 295 ff.

[126]) ZHR. 50, 42 u. 46.

[127]) Gegen diese Regelung des Entwurfs haben sich insbes. Goldfeld, Hanseat. Rechts- u. Ger.-Z. 1931, S. 206, und Haff, ebenda, S. 205, ausgesprochen.

mäßigkeitserwägungen zurückzuführen[128]); sie entspricht auch den in der vorliegenden Untersuchung dargelegten Grundsätzen des geltenden Personen- und Gesellschaftsrechts.

Die Fassung des Entwurfs, der die Umwandlung von Kapitalgesellschaften in einem besonderen Abschnitt darstellt, ist — im Gegensatz zu den vereinzelten und gelegentlichen Bestimmungen des geltenden Rechts — als eine abgeschlossene Regelung der Umwandlungsmöglichkeiten bei Handelsgesellschaften anzusehen. Aus der Nichterwähnung der Umwandlung von Personalgesellschaften in Kapitalgesellschaften ist nunmehr ohne Zweifel zu entnehmen, daß der Entwurf — in Uebereinstimmung mit den hier gewonnenen Grundsätzen — in diesem Falle eine Identitätsumwandlung für unmöglich hält.

Ebenso wird man aus der Tatsache, daß der Entwurf nur die Umwandlung von Kapitalgesellschaften untereinander regelt, den Schluß ziehen können, daß eine Identitätsumwandlung einer Kapitalhandelsgesellschaft in eine Genossenschaft und umgekehrt nicht ermöglicht werden soll. Der Entwurf will, wie auch aus den dem Entwurf beigefügten erläuternden Bemerkungen[129]) hervorgeht, eine durchgehende Neuordnung des Rechts der Umwandlung von Kapitalgesellschaften schaffen. Diese durchgehende Regelung hätte, wenn auch die Genossenschaften in die Umwandlungsmöglichkeiten hätten einbezogen werden sollen, auch diesen Fall erwähnt.

Die sechs möglichen Fälle der Umwandlung von Kapitalgesellschaften werden im E. I in den §§ 226—250 und im E. II in den §§ 225—249 geregelt.

Die Umwandlung einer K.G.a.A. in eine A.-G. ist ebenso behandelt wie bisher in den §§ 332—334 HGB.; allerdings kommen im Entwurf in diesem wie auch im umgekehrten Falle besondere Gläubigerschutzmaßnahmen, wie sie § 334 I HGB. erfordert, in Wegfall, da die Haftungsgrundlage im wesentlichen unverändert bleibt.

Bei dem Uebergang von der A.-G. und der K.G.a.A. einerseits in die G.m.b.H. andrerseits erschienen allerdings beson-

---

[128]) Dies hatte Wieland, Bd. I. HR. S. 802, vorgeschlagen.

[129]) S. 130.

dere Schutzmaßnahmen geboten. Außerdem mußte in diesen Umwandlungsfällen das individuelle Interesse der Gesellschafter insofern berücksichtigt werden, als ihnen der Austritt aus der Gesellschaft aus Anlaß der Umwandlung freigestellt werden muß.

Endlich war es erforderlich, bei der Umwandlung einer G.m.b.H. in eine A.-G. oder K.G.a.A. die für die Gründung einer A.-G. oder K.G.a.A. vorgesehenen Schutzbestimmungen beizubehalten. Diese könnten andernfalls durch die Gründung der G.m.b.H. als Vorstufe der A.-G. oder K.G.a.A. umgangen werden.

Diese Vorschriften erscheinen als ausreichender Schutz für die Interessen der Gläubiger bei der Umwandlung.

Lebenslauf.

Ich wurde am 10. August 1906 zu Neustadt O.-S. als Sohn des Städtischen Betriebsdirektors Bruno Günther und seiner Ehefrau Alexandrine geb. Dietrich geboren.

Nach Besuch der Volksschule und des humanistischen Gymnasiums meiner Vaterstadt bestand ich Ostern 1925 die Reifeprüfung. Vom Sommersemester 1925 ab studierte ich 4 Semester an der Universiät in München und daraufhin weitere 4 Semester an der Universität in Breslau Rechtswissenschaften. Am 10. und 11. Mai 1929 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Oberlandesgericht zu Breslau. Nach Ausbildung als Referendar am Amts-, Land- und Oberlandesgericht in Breslau bestand ich am 4. April 1933 die zweite juristische Staatsprüfung vor dem Juristischen Landesprüfungsamt in Berlin, woraufhin ich zum Gerichtsassessor in Bezirk des Oberlandesgerichts in Breslau ernannt wurde.

Gerhard Günther.